

Juliano Marcondes Paganini

**REPRODUÇÃO HUMANA ASSISTIDA E O ESTATUTO JURÍDICO DA
FILIAÇÃO NA PERSPECTIVA CIVIL-CONSTITUCIONAL**

Dissertação aprovada como requisito parcial à obtenção do grau de Mestre pelo Curso de Mestrado do Programa de Pós-Graduação em Direito, da Faculdade de Direito, do Setor de Ciências Jurídicas da Universidade Federal do Paraná, sob a orientação do Prof. Dr. Eduardo de Oliveira Leite.

Curso de Mestrado em Direito - UFPR
Direito das Relações Sociais

Curitiba, 2011

TERMO DE APROVAÇÃO

Juliano Marcondes Paganini

REPRODUÇÃO HUMANA ASSISTIDA E O ESTATUTO JURÍDICO DA FILIAÇÃO NA PERSPECTIVA CIVIL-CONSTITUCIONAL

Dissertação aprovada como requisito parcial à obtenção do grau de Mestre pelo Curso de Mestrado do Programa de Pós-Graduação em Direito, da Faculdade de Direito, do Setor de Ciências Jurídicas da Universidade Federal do Paraná, sob a orientação do Prof. Dr. Eduardo de Oliveira Leite:

Prof. Dr. Eduardo de Oliveira Leite

Orientador – Presidente

Prof. Dr. Luiz Edson Fachin

1º membro

Prof^ª. Dr^ª. Jussara Maria Leal de Meirelles

2º membra

Curitiba, ____ de _____ de 2011

Dedico este trabalho àqueles que sempre me deram
suporte irrestrito, com votos de imensa gratidão:

A Deus, por tudo;

Aos meus Pais, pelo amor e confiança incondicionais;

Aos meus Mestres, pelo conhecimento e aceitação;

À minha Samara, pelo carinho e compreensão;

Aos meus Amigos, pela presença e colaboração.

I. Sumário

I. Sumário	iv
II. Resumo	v
Introdução	1
1. Disciplina jurídica da família brasileira	6
2. Reprodução assistida	48
3. Biodireito e reprodução humana assistida	136
4. Paternidade, maternidade e filiação.....	188
5. Conclusões.....	285
6. Anexos	294
7. Bibliografia.....	320

II. Resumo

Este trabalho pretende oferecer contribuição ao debate acerca da reprodução humana assistida e de seus efeitos no estatuto jurídico da filiação. A pesquisa se inicia por uma exposição sobre a evolução dos “modelos” da família brasileira, com ênfase nas relações de filiação e nas vicissitudes sofridas pelo instituto, em direção à abolição da discriminação dos filhos a partir do estado civil dos pais, à época da concepção. Em um segundo momento, são expostos os avanços científicos em torno da reprodução humana assistida, operados simultaneamente às transformações experimentadas pelo Direito de Família, já anunciadas pelo capítulo anterior, sobretudo na segunda metade do Século XX. Passa-se, então, à análise de algumas implicações éticas, morais e religiosas envolvidas na reprodução assistida, para que, no terceiro capítulo, seja avaliada sua apreensão jurídica, bem como a existência de um direito fundamental ao emprego destes recursos, com seus respectivos limites e conformações. O quarto capítulo compreende os reflexos das técnicas de reprodução humana assistida no estatuto da filiação, a partir da compreensão do choque entre diversas “verdades” capazes de alicerçar, com semelhante legitimidade, os vínculos de paternidade e maternidade. Optou-se pela diretriz metodológica proclamada pela constitucionalização do direito civil, buscando-se não a oferta de solução às diversas implicações suscitadas pelo instituto (cuja complexidade obsta uma antecipação definitiva de seus contornos), mas a ampliação do campo epistemológico pela compreensão de um maior número de saberes, com vistas ao fornecimento de métodos mais adequados à sua apreensão e solução.

Introdução

Ao longo dos últimos séculos, a comunidade jurídica mundial assistiu a uma sucessão de transformações na realidade axiológica, sociológica e psicológica das famílias, paulatinamente apreendida pelas fontes jurídicas, de diversos modos no decorrer do tempo. O ritmo em que as transformações se operavam nos séculos anteriores era, por assim dizer, tênue, pois, afinal, cuida-se do núcleo basilar das sociedades humanas, da instituição mais fundamental de organização, hierarquia e poder, que alicerça a origem da existência de cada ser humano. Neste terreno, mudanças abruptas nunca foram bem vindas, encontrando toda sorte de resistência, especialmente em vista da razão moral e religiosa.

Contudo, no último século, este ritmo se incrementou, atingindo o próprio encadeamento das transformações sociais e axiológicas pertinentes às famílias. Aberturas e mudanças, que outrora levaram séculos para se implementar, foram instituídas pela práxis social e prontamente apreendidas pelo fenômeno jurídico, em poucas décadas do século anterior. Para além do trânsito fluído dos valores sociais, em constante reformulação, a ciência se desenvolveu a ponto de controlar a vida e a morte, elementos fundamentais à existência e disciplina das famílias. A medicina logrou ampliar a expectativa de vida, além de estender a reprodução àqueles casais que, até então, eram acometidos pela esterilidade e pela pesada carga de preconceitos que lhe era imanente. Criaram-se métodos contraceptivos e diagnósticos precisos da fertilidade, o que permitiu aos casais uma mais precisa elaboração e execução do projeto parental. Este fenômeno transferiu ao sujeito o controle sobre causas e consequências que nunca lhes estiveram ao alcance, cujas explicações, até então, eram remetidas ao âmbito metafísico. Todas essas vicissitudes culminaram em uma sensível ampliação do conceito de família, que passou a compreender uma série de comunidades sociais vinculadas por liames que, até então, existiam, mas não eram juridicamente valorizados, tais como o afeto.

Sem embargo, estas transformações não operaram de um modo tranquilo na esfera social, o que incrementou a complexidade de sua apreensão jurídica.

No âmbito da filiação, mais de que nunca, está-se diante de uma pluralidade de vínculos coexistentes (muitas vezes sobre um mesmo sujeito), e, não raramente, contrários entre si, apesar de juridicamente válidos e socialmente legítimos. Com efeito, a articulação das vicissitudes sofridas pelo estatuto jurídico das relações erótico-afetivas e do projeto parental frustra a expectativa daquele que pretende assistir a uma linha sucessória unidirecional a embasar a evolução do instituto das famílias.

Pela natureza dos interesses envolvidos – vida humana em reprodução e extinção – a discussão transita, invariavelmente, pelo campo da Ética e da Moral, recebendo amparo diverso em cada uma destas esferas. Transita, de modo ainda mais relevante, pelo âmbito jurídico, que, por um lado, não pode, simplesmente, deixar de oferecer respostas aos conflitos de interesses originados no âmbito das famílias e da reprodução humana e, por outro, tem a incumbência de oferecer respostas válidas e legítimas, diante da confiança nele depositada pela sociedade.

Tal constatação demonstra a responsabilidade imanente à tarefa do intérprete do Direito e anuncia, desde logo, a provável insuficiência do fornecimento de soluções jurídicas *a priori* para tais embates, sobretudo diante da enorme complexidade das questões envolvidas nas famílias e, especialmente, na reprodução humana. A coexistência de situações válidas perante a Moral e o Direito (validade jurídica aferida através de uma leitura sistêmica do ordenamento, sob a égide da Constituição Federal) descarta a pretensão de solução definitiva de tais questões pela leitura estrita da legislação civil, pelo apego ideológico às conquistas logradas pela ciência ou pelos dogmas morais ou religiosos, tomados unitariamente.

A provável solução, que se pretende esclarecer no decorrer do trabalho, parece ser, justamente, a adoção do caminho mais difícil: para a compreensão da pluralidade de situações e status familiares, sobretudo em se tratando de reprodução humana, a ampliação do debate, apto compreensão do maior número possível de saberes, torna-se imperiosa à construção de respostas mais articuladas e legítimas perante a sociedade, que também se fez plural.

De fato, a maior das variantes envolvidas na reprodução humana assistida – como exemplos, a inseminação artificial, direito à ascendência genética, gestação por

substituição e clonagem – ostenta complexidade suficiente a, por si, servir de objeto a aprofundada empreitada acadêmica. Está louvável tarefa já foi cumprida por pesquisadores brasileiros e estrangeiros, que, nos últimos anos, lançaram extensas obras, com notável profundidade vertical na compreensão de cada uma destas variantes. Este, contudo, não é objetivo do presente trabalho.

Pretende-se, aqui, agrupar o maior número destas variantes, com vistas à exposição horizontal do seu campo de encontro, na reprodução assistida, buscando-se problematizar sua incidência pelo cotejo de saberes metajurídicos (Ética, Moral, Religião) e, principalmente, jurídicos (normas e princípios constitucionais, direitos fundamentais e da personalidade, etc.). Conforme será visto, cada uma das técnicas envolve uma parcela de elementos independentes (dos quais já se ocuparam pesquisadores de notória lucidez), e não raramente conflitantes, que coexistem em torno dos sujeitos e das implicações éticas, morais e jurídicas destes procedimentos. No decorrer deste estudo, cada um destes elementos será exposto com profundidade suficiente à compreensão de sua operacionalização em conjunto aos demais, privilegiando-se a busca pela forma mais adequada de solução dos casos em que estas diretrizes se encontrem ou se confrontem.

O cotejo de critérios extrajurídicos (médicos, éticos, psicológicos, sociológicos) aliado ao abandono da pretensão de oferta de uma resposta jurídica definitiva – da ordem do tudo ou nada, permitido/proibido – revela o fio condutor do presente trabalho: o confronto e a interrogação das premissas e conclusões firmadas em distintas áreas do conhecimento – sobretudo a ética e a medicina reprodutiva – com vistas a enriquecer a sua compreensão jurídica, viabilizando a construção de respostas mais consentâneas ao anseio social. A análise conterà mais perguntas do que respostas, destinadas à ampliação deste campo epistemológico para que se contemplem saberes até então ignorados, ou propositalmente omitidos. Em alguns momentos, serão dados “passos atrás” na análise, para se questionar “a que” e “a quem” serve o respectivo objeto de discussão, com vistas a melhor esclarecer a origem e as tendências discursivas que orientam a premissa ou conclusão em questão.

Esta tarefa será, inicialmente, levada a efeito por uma breve exposição acerca da “evolução” dos modelos familiares brasileiros, com vistas à adequada compreensão da complexidade de valores e diretrizes que atualmente orientam as famílias e, por consequência, determinam sua apreensão jurídica. A partir de alguns elementos históricos da sociedade brasileira, buscar-se-á evidenciar a racionalidade e axiologia socialmente vigentes, o que se reflete de modo imediato, na regulação jurídica do instituto das famílias.

Em um segundo momento, será retratado o panorama do desenvolvimento científico da reprodução humana assistida, como conjunto de técnicas desenvolvido para contornar a esterilidade humana e viabilizar o planejamento e execução do projeto parental ao maior número de pessoas que se enquadrem em seus requisitos. Imediatamente, os passos galgados pela ciência serão problematizados em cotejo com saberes de outras áreas, especialmente a Ética (Bioética, enquanto aplicada a questões de índole biológica) e a Religião.

Na terceira parte, será apresentado o estatuto jurídico da reprodução assistida, inicialmente pela análise do Direito comparado e, por fim, do Direito brasileiro. O objetivo principal desta etapa não é tanto a exposição sistemas heterônomos de permissão ou proibição formulados pelos ordenamentos estrangeiros para a disciplina das técnicas reprodutivas, mas, principalmente, a problematização dirigida à investigação da forma mais adequada à sua apreensão pelo ordenamento brasileiro, que, apesar de sua tradição codificada, não conta com legislação específica a tratar da reprodução humana assistida.

Por fim, será analisada a projeção das conquistas científicas e de sua correlata gama de implicações bioéticas ao estatuto jurídico das relações de família (maternidade, paternidade e filiação), o que será levado a efeito a partir da compreensão das “verdades” (vínculos) originados em cada sorte de relação entre pais e filhos e, principalmente, dos “conflitos entre verdades” coexistentes em torno dos mesmos sujeitos, o que é uma constante em se tratando de paternidade, maternidade e filiação estabelecidos pela via da reprodução assistida. A abordagem será então, concluída pela problematização das principais técnicas de reprodução humana

assistida, com vistas a identificar os sujeitos com potencialidade a ocupar o plano da paternidade e maternidade jurídicas, diante do referido conflito de verdades.

Como fio condutor, desde o início, elege-se o já referido viés de problematização, além da metodologia da constitucionalização do direito civil, inafastável transformação operada em nosso ordenamento a partir da Constituição Federal de 1988, composta por um complexo de implicações metodológicas e normativas, que serão diluídas no decorrer da exposição, servindo de suporte epistemológico a grande parte das reflexões que se seguirão.

1. Disciplina jurídica da família brasileira

O presente trabalho não se presta à árdua tarefa de aprofundamento na formação e desenvolvimento histórico da instituição familiar, pois seu objeto principal é a exposição e a problematização de questões relativas à reprodução humana assistida e aos vínculos de paternidade de maternidade envolvidos em cada sorte de técnicas, no atual contexto jurídico brasileiro, à luz dos princípios constitucionais informadores das relações familiares.

Não obstante, o estudo do perfil contemporâneo da instituição familiar – apreendido pela Constituição, legislação infraconstitucional e jurisprudência – se enriquece pela compreensão de certos caminhos (sociais, culturais e jurídicos) percorridos por este instituto, ao longo da história de nosso país. Até mesmo a complexa realidade das famílias da atualidade – informadas por valores e princípios diversos (e não raramente opostos) àqueles predominantes em períodos históricos anteriores – compõe-se, em muitas de suas nuances, por estruturantes originados e sedimentados em um passado distante, dos quais a cultura (social e jurídica) custa a se desprender. No âmbito da paternidade, em particular, *“o legado do sistema clássico, fundado na lei de desigualdade, deve ser apreendido para bem compreender o estatuto unitário da filiação e não discriminação entre as diversas espécies de filhos”*.¹

Por esta razão, mostra-se necessária a exposição de breve relato acerca da evolução do direito de família brasileiro, com o objetivo de se enriquecer a posterior compreensão da conformação contemporânea das famílias e seus efeitos na conjugação da reprodução humana assistida e dos vínculos paterno-materno-filiais.

Para esta tarefa, cumpre-se observar duas premissas, de cunho metodológico.

A primeira diz respeito à apreensão e exposição do conhecimento histórico. Não se pretende, de modo algum, apreender-se a história a partir de regras de causa-efeito, buscando-se, no passado, elementos que determinem ou justifiquem a atualidade, como se o percurso da vida humana em sociedade se estruturasse em um esquema evolutivo indissolúvel, independente aos sujeitos e ao olhar do historiador, no qual todos os fatos seriam determinados pelos anteriores, em uma conformação

¹ FACHIN, Luiz Edson. **O direito de Família** *Gauche*, p. 66.

mecanicista.² Tampouco há que se olhar para a história com os “olhos do presente”, buscando-se julgar ou explicar os fatos a partir de pressupostos epistemológicos vigentes na atualidade, descurando-se da respectiva alocação dos padrões de conhecimento, no tempo e espaço.

A segunda premissa diz respeito ao objeto do estudo: a família brasileira e sua dimensão jurídica. A exposição do que se denominam “modelos familiares” será deduzida de forma genérica, a partir das circunstâncias mais evidentes de cada momento histórico e jurídico. Isto implica em se descurar, de certa forma, de boa parte de suas especificidades espaço-temporais, bem como, daquelas relacionadas às classes sociais (ricos, pobres, escravos, livres) a que as famílias pertenciam, buscando-se apenas desenhar, em grandes categorias, os “modelos familiares” brasileiros, no passado e presente.³ A propósito, emprego do termo “evolução” não quer significar melhora ou aprimoramento, mas diz respeito apenas ao decurso do tempo.

Por fim, adverte-se que, neste capítulo, buscou-se empregar a linguagem coeva aos diplomas legais analisados, daí porque será frequentemente adotada terminologia que, nos padrões atuais, é considerada discriminatória e inclusive pejorativa.

1.1. Família colonial

Nos três séculos subsequentes ao ano de 1500, a história do Brasil foi predominantemente marcada pela colonização e expansão comercial europeia. A Terra de Santa Cruz, até então povoada por indígenas, passou a se subordinar às metrópoles portuguesa e espanhola (além de ser explorada por Holanda, França e Inglaterra), que basearam sua dominação na extração e plantio de culturas nativas – principalmente de pau-brasil, cana-de-açúcar – e, em um período posterior, na extração de ouro, tudo mediante exploração de mão-de-obra escrava. A sociedade caracterizava-se por

² Aprofundada reflexão sobre métodos e teorias de apreensão histórica do fenômeno jurídico – contendo, inclusive, crítica ao esforço da manualística e de boa parte dos trabalhos acadêmicos em introduzir o tema por “escorços” históricos – pode ser encontrada em FONSECA, Ricardo Marcelo. **Introdução Teórica à História do Direito**. Curitiba: Juruá, 2009.

³ “Mapear a família brasileira ao longo de seus quinhentos anos é tarefa das mais pretensiosas, caso o pesquisador não guarde a convicção da extensão territorial imensa de nosso país que abrigou as diversas formas culturais, com as quais as famílias foram moldadas no decorrer dos séculos”. (FACHIN, Luiz Edson. Obra citada, p. 59)

profundas desigualdades (econômicas, éticas, culturais e sociais) e se estruturava em três grandes camadas: no topo, encontravam-se os senhores de engenho e latifundiários; na camada mediana estavam os trabalhadores livres e funcionários públicos; e, na camada inferior, os escravos e indígenas.

Os traços predominantes da “grande-família”, inserida no contexto colonial, são a origem matrimonial e organização interna em uma escala hierárquica de subordinação típica das organizações familiares romanas, onde o patriarca (marido e pai de família) se localiza no patamar superior de importância, o que lhe reveste de poder e autoridade sobre os demais membros (esposa e filhos)⁴, inclusive com poderes de ceifar a vida da mulher adúltera.⁵ Em uma sociedade de exploração comercial marcada por acentuadas desigualdades, o casamento, fundamento sobre o qual “repousava a própria sociedade civil”,⁶ se apresenta “como sinal de permanência e perenidade, garantia de respeitabilidade, segurança e ascensão”.⁷

Na época colonial, o maior impedimento social e ideológico para as uniões afetivas era a grande divisão das classes aliada à crescente exclusão e instabilidade sociais, que tornava muitos homens e mulheres apaixonados irremediavelmente

⁴ Conforme anota Belmiro Pedro Welter, “No Brasil, na França e no mundo ocidental, a organização familiar está edificada com lastro na família romana, eminentemente patriarcal, em que a autoridade paterna era praticamente incontestável” (**Igualdade entre as filiações biológica e socioafetiva**, p. 36). No mesmo sentido: QUEIROZ, Juliane Fernandes. **Paternidade**: Aspectos jurídicos e técnicas de inseminação artificial, p. 7.

⁵ Assim dispunham as Ordenações Filipinas, em seu Livro V, Título XXXVIII: “Achando o homem casado sua mulher em adultério, lícitamente poderá matar assim a ela como o adúltero, salvo se o marido for peão, e o adúltero Fidalgo, ou nosso Desembargador, ou pessoa de maior qualidade” (LARA, Silvia Hunold (org.). **Ordenações Filipinas**: Livro V, p. 151).

⁶ BARBOZA, Heloisa Helena. **O direito de família brasileiro no final do século XX**, p. 88.

⁷ FACHIN, Rosana Amara Girardi. **Em busca da família do novo milênio**: Uma reflexão crítica sobre as origens históricas e as perspectivas do Direito de Família brasileiro contemporâneo, p. 36. Acrescenta a autora: “não apenas a sociedade se dividia; de uma parte, os abastados e “livres”, de outra, os submetidos (indígenas, negros, mulheres), assim também o eram o Estado, a Igreja e o Direito que celebravam o fosso do ingresso no estatuto jurídico da matrimonialização, um rito de passagem solenizado”. (In: Ibidem). No mesmo sentido, constata Mary Del Priore: “Para as mulheres, numa colônia onde havia grande parcela de homens vagos e errantes, o matrimônio era sinônimo da sonhada estabilidade ideal” (In: **Ao sul do corpo**: Condição feminina, maternidades e mentalidades no Brasil Colônia, p. 79).

dísparos entre si. A segregação baseada no preconceito social, além de toda sorte de desigualdades vigentes, “*empurrava a maioria da população para o concubinato*”.⁸

O papel feminino, neste período, era nitidamente delimitado pelo mecanismo das instituições sociais: Estado, Igreja, Cultura popular e Família formavam uma estrutura organizacional e ideológica que dividia as mulheres dois grandes grupos: de um lado, as “devassas”, ou “mulheres da vida”, responsáveis pelo fornecimento de prazer profano aos homens e imputadas de culpa pela degradação dos bons costumes, transmissão de doenças e geração de crianças com problemas de saúde; e, de outro, casadas, as “santas-mãezinhas” de família, exclusivamente vocacionadas, desde a infância, ao matrimônio, à procriação e às obrigações imanentes a tal condição (cuidado da casa e do marido, educação e criação dos filhos).⁹ Trata-se, sem embargo, de uma construção ideológica de índole religiosa, orientada à colocação da mulher e de seu corpo a serviço do modelo de sociedade patriarcal e do projeto colonizador que se pretendia instituir e manter, operada mediante invenção de uma sorte de dicotomia moral e comportamental entre mulheres, a partir de seu estado civil e de sua vocação à maternidade. Em outras palavras, “*a sacralização do papel social da mãe passava, portanto, pela construção do seu avesso, a mulher mundana, lasciva e luxuriosa, para quem a procriação não era dever, mas prazer*”.¹⁰ Perpetrava-se, ainda, grande confusão – além de uma injustificada e, de certo modo, pejorativa generalização – dos papéis sociais desempenhados pelas não casadas: jovens mães-solteiras, solteiras sem filhos de idade avançada, prostitutas e concubinas.¹¹

Vigia, neste período, uma cultura de “adestramento” das mulheres, a partir dos costumes proclamados como “dignos” pelo Estado e pela Igreja que, à época, eram as

⁸ TORRES-LONDOÑO LOYOLA, Fernando. *Outra família*. Apud: FACHIN, Rosana Amara Girardi. Idem, p. 19.

⁹ “*Confinada à casa, delimitada pela privacidade doméstica, a mulher no papel de santa-mãezinha poderia fazer todo o trabalho de base para o estabelecimento do edifício familiar, para a reprodução dos ideais tridentinos e para a reprodução dos brasileirinhos*” (Obra citada, p. 44).

¹⁰ PRIORE, Mary Del. Idem, p. 83.

¹¹ A valorização da mulher casada com filhos trazia, em correlação, a discriminação das demais. Como destaca Mary Del Priore, “*As não casadas, para distinguirem-se das casadas, eram facilmente confundíveis com as desfrutáveis e as prostitutas*” (In: Idem, p. 129); daí porque “*Era fundamental a presença de filhos legítimos, pois mulheres sem filhos podiam facilmente confundir-se com venais, e tal asserção já estava embutida na mentalidade colonial*” (In: Idem, p. 100).

instituições mais presentes na conformação dos costumes familiares e de outros setores da vida pública e privada. A mulher já nascia dotada uma “vocação divina” – reforçada e reafirmada pela educação familiar e social – para ser esposa e, principalmente, mãe.

Nesta época, a expressão jurídica da ilegitimidade da filiação havida fora do casamento ecoava, sem fronteiras, pelo contexto social. Apesar da intolerante condenação das relações concubinárias pela Igreja – e, conseqüentemente, pela sociedade culturalmente subsumida a ela – considerável parte da população tinha origem em relações extramatrimoniais, havidas entre homens (muitos deles casados) e mulheres solteiras, servas, criadas, prostitutas e, ainda, com esposas de outros. Segundo Mary Del Priore, somente uma pequena fração dos nascimentos tinham “origem lícita” (matrimonial), o que ocorria apenas nas elites coloniais. A maioria das mulheres das classes subalternas (urbanas, zonas de minas e de passagem), concebiam seus filhos em relações concubinárias, o que lhes tornava alvo de implacável perseguição e condenação pela Igreja e pelos “*bons costumes*”.¹²

A despeito da execração dos filhos ilegítimos e da pregação da vocação feminina para o casamento e a procriação legítima, campanhas fervorosamente encampadas pela Igreja Católica,¹³ a sociedade da época demonstrou certa maleabilidade no trato das verdades envolvidas na filiação extramatrimonial, prevalecendo valores atrelados à solidariedade e ao instinto materno (o que muitas vezes implicava no acolhimento, no seio do lar conjugal, dos filhos havidos fora dele, por adultério do marido). Como relata Mary Del Priore, “*Avós ou mãe de oportunidade, mantenedoras dos frutos de outros amores de seus companheiros ou filhos, mostravam-se de grande generosidade e atestavam que a maternidade tinha*

¹² PRIORE, Mary Del. Idem, p. 64.

¹³ Por um lado, “A Igreja sabia que a mãe representava o elo de transmissão de normas e valores ancestrais, como também que o isolamento da faina doméstica permitia a gestação de elementos culturais peculiares. (...) Casá-las e dar-lhes garantias institucionais para proteger seu casamento fazia de cada mulher uma potencial santa- mãe que poderia azeitar a correia de transmissão desses princípios à sua descendência” (PRIORE, Mary Del. Idem, p. 107); por outro, “além de contrariar o ideal de ‘pureza de sangue’, tão caro à Igreja e as colonizadores, os filhos concebidos fora do matrimônio comprometiam a ordem do Estado metropolitano, na medida em que o equilíbrio de sua dominação podia ser quebrado pelo incremento de ‘bastardos’ e mestiços, colocados pelo próprio sistema nas fimbrias da marginalidade social”. (Idem, p. 74).

uma função psicoafetiva mais forte do que aquela biológica” de modo que “a convivência de filhos legítimos e ilegítimos debaixo do mesmo teto e sob os olhos desta que é simultaneamente mãe e madrastra revela que existia uma variação nos graus de licitude entre as populações coloniais”.¹⁴ (Grifou-se)

Pelo desamparo relegado às mães solteiras pela sociedade e Igreja, aquelas eram levadas a, não raramente, entregar seus filhos a parentes, amigos, compadres ou a “*criadoras de filhos naturais*”, que os acolhiam em nome do “*amor de criação*”, mas também por interesse na força de trabalho, de custo reduzido, que aquele filho poderia acrescentar à sua produção familiar. Por outro lado, as mães solteiras e pobres que davam seus filhos, nesta espécie de adoção informal, desoneravam-se de uma “boca” para alimentar.¹⁵ Em resumo, este era o quadro familiar do Brasil Colonial:

“Nem maternidades ideais, nem a Terra de Santa Cruz o paraíso terreal; o que se assistiu, ao longo dos primeiros séculos de colonização, foi a obstinada imposição por parte da Igreja da instituição do matrimônio, através do adestramento crescente de tantas mulheres na figura da mãe. Mãe esta que não devia colocar seu ventre a serviço de muitos homens, nem confundir a prole legítima com os bastardos de seu marido, devia, sim, conformar-se com o desejo que tinham a Igreja e Estado para o seu corpo, fugindo da tradição de amasiamento legada pelas relações entre brancos e índias, bem como da tradição do concubinato trazida pelos portugueses e amplamente difundida entre as classes subalternas”.¹⁶

O caráter essencialmente patriarcal que orientava as relações sociais implicava na imputação, sempre à mulher, da culpa pela geração de filhos com defeitos (malformações ou patologias). Como causa para tais “penas”, usava-se apontar a prática de coitos “desordenados” pela mãe, quer seja com outros homens, quer seja com o próprio marido em busca do prazer e da satisfação de desejos, em inobservância

¹⁴ PRIORE, Mary Del. Idem, p. 53.

¹⁵ PRIORE, Mary Del. Idem, p. 78.

¹⁶ PRIORE, Mary Del. Idem, p. 105.

às regras de inspiração canônica que vinculavam o ato sexual à exclusiva finalidade reprodutiva.¹⁷

1.2. Família imperial

No período que sucedeu a declaração de independência do Brasil (1822), continuaram em vigor as ordenações, decretos e leis portuguesas enquanto não se organizasse um novo código, por força do que dispôs o artigo 1º da Lei de 20 de outubro de 1823.

Em matéria de filiação, admitia-se, neste período, a investigação de paternidade de filhos “ilegítimos” (ordenação nº 54), com fundamento em “*indícios ou conjecturas graves, próprias a convencer o juiz, mas admitindo-se, como defesa a exceção plurium concumbentium*”.¹⁸

No antigo direito português, os direitos sucessórios eram estendidos aos filhos de plebeus que concorressem com os “legítimos” em igualdade de condições, mas apenas aos “espúrios” era assegurado o direito a alimentos. A Ordenação do Livro IV, tít. 92 dispunha que “*os filhos simplesmente naturais concorriam, juntamente com os legítimos, à herança do pai plebeu*”; na falta de legítimos, “*eram os ilegítimos herdeiros universais, ressalvada somente a terça, por ser livremente disponível, mas se vulgo quaesiti, não sucediam, por não poderem provar a paternidade*”.¹⁹

Promulgada a Constituição do Império, em março de 1824, estabeleceu-se a igualdade dos cidadãos pela abolição de privilégios, o que suscitou amplo debate em torno das questões hereditárias envolvendo filiação “ilegítima”, sobretudo em razão da Resolução de 11/08/1831 que, interpretando a Ordenação do Livro IV, título 93 (que vedava a sucessão por filhos oriundos de “coito danado” ou punível aos pais), esclareceu a possibilidade dos espúrios serem instituídos herdeiros testamentários, na falta de herdeiros necessários, “*não bastando, todavia, o seu reconhecimento para*

¹⁷ PRIORE, Mary Del. Idem, p. 163.

¹⁸ FONSECA, Arnaldo Medeiros da. **Investigação de paternidade**, p. 109. O conceito de legitimidade aplicado à filiação será posteriormente analisado.

¹⁹ PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Reconhecimento de paternidade**, p. 21.

atribuir-lhes direitos sucessórios”.²⁰ A questão veio a ser esclarecida pela Lei nº. 463 de 1847, que estabeleceu a igualdade entre os filhos de nobres e plebeus para fins hereditários, além de dispor sobre a necessidade de escrituração pública – anterior ao casamento – de reconhecimento de filho natural, para que este possa concorrer com os filhos legítimos na sucessão, bem como, sobre a possibilidade de se provar a filiação natural por escritura pública ou testamento. A doutrina da época inclinou-se por considerar que tais disposições compreendem apenas os direitos sucessórios, não se estendendo ao direitos aos alimentos, “*sempre devidos de acordo com a tradição canônica*”.²¹

Pelo decreto nº 181 de 1890, que regula o casamento civil, ampliou-se o espectro de prova da filiação ilegítima, admitindo-se que o reconhecimento de filhos naturais fosse amparado em confissão espontânea ou feito por meio de escritura pública de nascimento, ou outro documento autêntico elaborado pelo pai (art. 7º, inciso I, alínea 2ª).²²

A fase imperial é marcada pela progressiva abolição do sistema escravista e a crescente imigração de europeus para as terras brasileiras, a partir de uma política tendente a por um lado, suprir a demanda de força produtiva e, por outro, difundir uma ideologia de comunhão à realidade européia, ícone do desenvolvimento daquela época. A expansão das colônias de produção e povoamento intensificou o contato entre culturas diversas, o que refletiu de modos diferenciados na cultura familiar: enquanto alguns grupos familiares reservavam-se aos costumes de suas nações de origem, resistindo ao contato e possível miscigenação com outros povos ali presentes, outros assumiam “*uma espécie de cultura compartilhada com os demais elementos da*

²⁰ FONSECA, Arnaldo Medeiros da. Obra citada, p. 110. Esclarece o autor: “*Quanto aos filhos espúrios, embora reconhecidos pelos pais, continuou-se a entender que não tinham direitos sucessórios, salvo quando instituídos em testamento sem prejuízo de herdeiros necessários, de acordo com a Ordenação Livro IV, tít. 93 (...)*” (Idem, p. 120).

²¹ Dentre outros, Perdigão Malheiro e Lafayette são citados e acompanhados por Arnaldo Medeiros da Fonseca (Idem, p. 114-115).

²² Todavia, “*é fora de dúvida que, para fins sucessórios, a investigação judicial da paternidade ilegítima continuou vedada, não se atribuindo tampouco aos filhos adulterinos e incestuosos a qualidade de herdeiros legais de seus pais. O seu reconhecimento voluntário não excluía a nota de espuriedade, com as consequências dela resultantes, embora lhes assegurasse o direito a alimento*” (FONSECA, Arnaldo Medeiros da. Idem, p. 122)

comunidade, o que acabava por conferir, na adoção de costumes e hábitos em comum, uma certa identidade regional”.²³

Conforme anota Luiz Edson Fachin, “*não sem razão, mais tarde, ao final do século XIX e começo do século XX, a projeção do desenho jurídico da família não se distancia de tal origem*”,²⁴ conclusão que corrobora no sentido da impossibilidade de se conceber a história como uma sucessão linear de modelos ou paradigmas, sobretudo em se tratando de relações dotadas de elevada carga de subjetividade, tais como o são as interações entre familiares e sua reprodução.

1.3. Séculos XIX e XX

No início do século XIX, prevalecia uma sorte de divisão de papéis no contexto familiar. Ao marido – auxiliado pelos filhos homens que já houvessem atingido certa idade – incumbia trabalhar para prover o sustento dos demais, além de garantir a “proteção” e manutenção do vínculo familiar, o que fazia pelo exercício de rígida autoridade sobre a esposa e filhos.²⁵ À esposa cabia administrar a casa e criar os filhos, funções atreladas ao zelo do “bom nome” e da honra familiar. Sobretudo até a promulgação do Estatuto da Mulher Casada (Lei nº 4.121/1962) e da Lei do Divórcio (Lei nº. 6.515/1977) – que atenuou algumas das desigualdades existentes no casamento, ampliando a participação feminina na direção familiar – era defeso, à esposa, sem autorização do marido: aceitar ou rejeitar herança ou legado, exercer tutela, curatela e outras funções públicas ou particulares (tais como o mandato), litigar em processos da esfera cível ou comercial (salvo por expressa autorização legal), exercer atividade laborativa e contrair obrigações que pudessem onerar os bens do

²³ FACHIN, Rosana Amara Girardi. Obra citada, p. 51.

²⁴ FACHIN, Luiz Edson. Obra citada, p. 61.

²⁵ “*A chefia da sociedade conjugal, conferida ao marido, era expressão do chamado poder marital, decorrência de uma concepção de família centrada em uma **distribuição orgânica de funções***”. (Grifou-se) (OLIVEIRA, José Lamartine Correa de; MUNIZ, Francisco José Ferreira. **Curso de direito de família**, p. 306).

casal; além disso, a adoção do sobrenome do esposo era obrigatória e o pátrio poder só era exercido pela mãe na falta do pai.²⁶

Admitia-se, ainda, que o marido controlasse a frequência com que a mulher se ausentava do lar, bem como, o tempo de sua permanência em qualquer local (inclusive em casa de parentes, na igreja e em outros círculos sociais), fiscalizasse suas relações interpessoais, bem como, restringisse as visitas que ela recebia na residência do casal. Nas palavras de Eduardo Espínola, publicadas em 1957, “*a frequência, fora do lar, ou as visitas que faça ela, contrariando a vontade do marido, na podem ter outra sanção, que não seja o desquite, quando se configure um dos casos em que este tem cabimento*”.²⁷

A virgindade da mulher era exigência legítima para o matrimônio. Caso ignorado pelo marido, o “defloramento da mulher” poderia ensejar a anulação do casamento (art. 219 do Código de 1916).

Em havendo lesão à honra de mulher (art.1.548 do Código) – tal como o defloramento da virgem e menor (inc. I), violência ou aterramento por ameaças (inc. II), sedução com promessas de casamento (inc. III) e rapto (inc. IV) – não “reparada” pelo ofensor com o casamento, o Código previa, a título de indenização, o pagamento de um “*dote correspondente à sua própria condição e estado*”. Até 2005, nos crimes contra os costumes sofridos por mulher solteira, o seu casamento (com o ofensor ou mesmo com outro homem) constituía causa de extinção da punibilidade do ofensor.²⁸

²⁶ LIRA, Ricardo Pereira. **Breve estudo sobre as entidades familiares**, p. 29. Afirmava-se, à época: “*Direitos e deveres iguais devem ser conferidos a ambos os sexos, no campo do direito civil e do direito político, na família, ou fora da família, em tudo quanto não prejudique a unidade de direção, necessária à sociedade familiar, como às sociedades em geral. Se a unidade de direção reclama a existência de um chefe, este chefe deve ser o marido (...)*” (ESPÍNOLA, Eduardo. **A família no direito civil brasileiro**, p. 313).

²⁷ ESPÍNOLA, Eduardo. Idem, p. 24.

²⁸ Anteriormente à revogação operada pela Lei 11.106/2005, dispunha o Código Penal:

“**Art. 107** - Extingue-se a punibilidade: (...)

VII - pelo casamento do agente com a vítima, nos crimes contra os costumes, definidos nos Capítulos I, II e III do Título VI da Parte Especial deste Código;

VIII - pelo casamento da vítima com terceiro, nos crimes referidos no inciso anterior, se cometidos sem violência real ou grave ameaça e desde que a ofendida não requeira o prosseguimento do inquérito policial ou da ação penal no prazo de 60 (sessenta) dias a contar da celebração”

O trabalho feminino era excepcionalíssimo, restrito às hipóteses em que indispensável à composição do orçamento doméstico, desde que autorizado pelo marido e condizente com os padrões sociais vigentes naquele momento histórico.²⁹

A expansão da participação da mulher no mercado de trabalho deu-se, nas primeiras décadas do século passado, por força de necessidade. A morte de muitos chefes de família nas duas grandes guerras investiu as viúvas da função de chefia doméstica, tornando-as responsáveis pela obtenção de recursos para o sustento próprio e dos filhos. Inspiradas pelas mulheres viúvas, muitas solteiras procuraram exercer certas funções laborais “*compatíveis com seu sexo*”,³⁰ não apenas por necessidade, mas também pelo ímpeto de autonomia e estabilidade financeiras. Em momento posterior, notadamente a partir da década de sessenta, ocorre maior ascensão do trabalho feminino, que se intensificou pelo “ímpeto modernista” da sociedade brasileira, impulsionado pelos movimentos feministas pelo crescimento da urbanização e industrialização.

Esta realidade é albergada pelo conceito tradicional de família – também denominada família *transpessoal*,³¹ ou *moderna*³² – estruturada sobre um matrimonialismo de ordem patriarcal, com origem reduzida ao casamento, fortemente orientado pela imposição da autoridade masculina, cuja manutenção, em nome da “honra” e da “paz familiar”, prevalecia sobre a realização dos interesses pessoais de cada cônjuge; caracterizada por distinções entre filhos a partir da sua origem (legítima

²⁹ FACHIN, Rosana Amara Girardi. Obra citada, p. 52.

³⁰ ESPÍNOLA, Eduardo. Obra citada, p. 24. Acerca do poder de controle de marido sobre os atos da vida esposa, impende registrar a célebre recomendação tecida por Napoleão à comissão de elaboração do Código Civil francês, de 1804: “*O marido deve poder dizer: senhora, você me pertence de corpo e alma; você não sai, não vai ao teatro, não ver essa ou aquela pessoa, sem o meu consentimento*” (LÔBO, Paulo. **Famílias**, p. 4).

³¹ Trata-se de uma família “*preocupada principalmente com sua continuidade relegando a segundo plano os interesses de seus membros*” (CARBONERA, Silvana. **O papel jurídico do afeto nas relações familiares**, p. 270).

³² O adjetivo é impresso Ricardo Pereira Lira ao modelo familiar que tem seu perfil definido pelo Código Civil de 1916 e legislação subsequente, perdurando até o advento da Constituição de 1988. (in: Obra citada, p. 28). A respeito da superação deste, pelo denominado modelo pós-moderno de família, recomenda-se a leitura de: SOARES, Ricardo Maurício Freire. **O Direito de Família Pós-Moderno: breves apontamentos**. In: *Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões*. Ano X. n. 3. abr/maio 2008. Belo Horizonte: IBDFAM, 2008.

ou ilegítima, com prevalência da primeira);³³ com grande especialização dos papéis e funções exercidas pelos membros; e, dotada de vocação predominantemente patrimonial dos interesses a serem protegidos nas relações entre parentes.

Neste modelo, a célula familiar era funcionalizada pela persecução de certas finalidades sociais – atreladas ao incremento da natalidade, à segurança e estabilidade patrimonial e de poder, à preservação dos “bons costumes” e ao estancamento das estruturas sociais sobre unidades coesas, perenes e hierarquicamente organizadas em seu interior – que, em última análise, eram ditadas pela Igreja e Estado.³⁴

A primeira instituição proclama a indissolubilidade da união dos cônjuges “*até que a morte os separe*”, bem como estabelece a procriação como finalidade precípua do casamento, uma forma de efetivação da máxima bíblica “*crescei e multiplicai-vos*”. Daí porque se admite, em certos casos, a anulação do casamento religioso por esterilidade ou impotência de um dos cônjuges, do mesmo modo que se proíbe a utilização de métodos contraceptivos.

Ao Estado, o casamento interessa como instrumento privilegiado de sua ingerência no âmbito privado, já que o legislador disciplina, exaustivamente, os modos de estabelecimento, manutenção e dissolução das relações matrimoniais.³⁵ O modelo de família disciplinado pelo direito positivo é uma espécie de retrato, em escala reduzida, do aparelho ideológico vigente naquela sociedade: patriarcal, hierarquizada, heterossexual e profundamente atrelada a interesses proprietários.

Em caso de conflito entre estas finalidades institucionais e os interesses humanos de índole existencial, titularizados pelos membros da família, prevaleciam as primeiras, já que “*não estava nesse projeto parental, matrimonializado ou não, formal ou informal, livre ou regulamentado, a construção de espaço plural do existir*

³³ FACHIN, Luiz Edson. **Estabelecimento da filiação e paternidade presumida**, p. 46-47.

³⁴ Em outras palavras “*a instituição familiar sempre esteve sob a tutela do Estado e da Igreja, desde o Direito Romano, não em benefício de seus membros, mas sim em prol de vários ditames sociais, os quais sempre estiveram à mercê daquela entidade. (...) À política legislativa do passado interessava a coesão da família, não importando quantos direitos se preteriam em nome dessa unicidade. Justificava-se o sacrifício individual da mulher, dos filhos, tudo em favor da paz doméstica*”. (QUEIROZ, Juliane Fernandes. Obra citada, p. 8).

³⁵ DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**, p. 40.

humano, fomento de aspirações, protagonista de um projeto parental de esperança possível. Essa não era uma dimensão acentuada das uniões”.³⁶

Em linhas gerais, esta é a realidade familiar apreendida pelo Legislador do Código Civil de 1916: uma relação social “transpessoal” constituída pelo matrimônio e estruturada sobre uma rígida hierarquia entre seus membros, capitaneados pela figura masculina do patriarca, em uma lógica subordinativa³⁷ característica do “*princípio da unidade de direção*”.³⁸ A índole oitocentista do Código Civil traduzia, com boa dose de fidelidade, a racionalidade liberal, individualista, patrimonial e patriarcal que predominava na organização social e permeava, desde suas bases, as relações familiares. Em síntese:

“O Código Civil de 1916 apresentou características que remontam ao Brasil colonial e aos modelos de família vigentes à época. Abrigava a noção de família patriarcal, funcional, com base na hegemonia de poder do pai, na hierarquização das funções, na desigualdade de direitos entre marido e mulher, na discriminação dos filhos, na desconsideração das entidades familiares não fundadas no casamento e no predomínio dos interesses patrimoniais em detrimento do aspecto afetivo”.³⁹

O império da desigualdade que, tempos antes, impedia a formação de famílias pelo matrimônio, havia sido atenuado em seus efeitos, mas permanecia enraizado na sociedade, informando sua apreensão pelo fenômeno jurídico. Com efeito, “*no Brasil, o nascimento desse Direito de Família, gestado na Colônia e embalado pelo Código*

³⁶ FACHIN, Luiz Edson. **O direito de Família Gauche**, p. 61.

³⁷ Conforme anota Eduardo de Oliveira Leite, “*Originando de famulus, que significa escravo, (...) provavelmente originário da palavra osca famel (servus) que quer dizer escravo, o termo família não se referia ao casal ou aos seus filhos, mas ao conjunto de escravos e de servos que trabalhavam para a subsistência e se achavam sobre a autoridade do pater famílias. Na origem da palavra, divisa-se uma ideia de subordinação que vai acompanhar, através dos séculos, a noção de família*”. (In: **Tratado de Direito de Família: Origem e evolução do casamento**, p. 40).

³⁸ OLIVEIRA, José Lamartine Correa de; MUNIZ, Francisco José Ferreira. Obra citada, p. 299.

³⁹ SILVA, Cláudia Maria da Silva. **Indenização ao filho**, p. 129.

*Civil, se dá pelo atestado de exclusão que separa as pessoas e instituições na sociedade”.*⁴⁰

Os dispositivos legais pertinentes ao direito matrimonial ocuparam-se do acesso, celebração e efeitos do casamento – civil ou religioso com efeitos civis – priorizando-se a o viés formal de sua exteriorização.⁴¹ O casamento, no Código Civil de 1916, detém poder constituinte da “família legítima”,⁴² relevante caractere distintivo das uniões afetivas e da filiação por elas estabelecidas.

As relações entre pais e filhos são apreendidas pelo Código a partir da racionalidade oitocentista que privilegia aspectos patrimoniais (acúmulo, manutenção e trânsito de titularidades) em detrimento de interesses existenciais dos integrantes da relação familiar. Conforme ressalta Perlingieri, em tal perspectiva, “*a categoria do ser é subordinada àquela do ter: quem possui ‘é’*”.⁴³

Neste paradigma, o traço característico das relações de paternidade e maternidade é a classificação dos filhos, realizada com base na sua origem – interna ou externa à relação matrimonial. Anteriormente à Constituição de 1988, os filhos eram assim categorizados: *a) legítimos*, os concebidos na constância do casamento;⁴⁴ *b) legitimados*, aqueles que, havidos pelos cônjuges anteriormente ao matrimônio, são equiparados aos legítimos a partir da sua celebração; *c) ilegítimos*, aqueles havidos fora da relação conjugal, que podem ser *naturais* (tidos por pessoas não impedidas de

⁴⁰ FACHIN, Rosana Amara Girardi. Obra citada, p. 32.

⁴¹ “*Eis a união formal. Formalidades preliminares e solenidade concomitante à celebração se reúnem num ato que se consolida e se prova, prioritariamente pelo viés formal, secundariamente pela posse do estado de casados*”. (FACHIN, Luiz Edson. **O direito de Família Gauche**, p. 61).

⁴² **Art. 229.** Criando a família legítima, o casamento legitima os filhos comuns, antes dele nascidos ou concebidos (arts. 352 a 354).

⁴³ PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do direito civil: introdução ao direito civil constitucional**, p. 4.

⁴⁴ Conforme descreve Pontes de Miranda, sob a égide da codificação anterior, a filiação é tida por legítima nos seguintes casos: “*a) se, no momento da concepção, os pais se achavam vinculados por matrimônio válido; b) se os filhos foram concebidos na constância da sociedade conjugal, quando putativo o matrimônio, proviesse a invalidade de impedimento dirimente absoluto ou de impedimento dirimente relativo; c) se o casamento, em cuja vigência foram concebidos os filhos, era apenas anulável (art. 217); d) se os filhos foram concebidos na constância de casamento nulo por incompetência de autoridade celebrante, se não foi alegada a nulidade dentro em dois anos da celebração*” (**Tratado de Direito Privado**. t. IX., p. 19).

se casar, como os solteiros e viúvos) e *espúrios* (havidos por “*coito danado*”⁴⁵), categoria que se subdivide em *adulterinos* (tidos por pessoas impedidas de se casar pelo fato de um, ou ambos os envolvidos, já ser casado) *incestuosos* (quando o impedimento matrimonial decorre de laços de parentesco) e *sacrílegos* (filhos de religiosos celibatários); e, por fim, *d) adotados*, que adquiriam o status de filho legítimo por concessão da lei.⁴⁶

A redação do artigo 337 do Código dispunha que: “*São legítimos os filhos concebidos na constância do casamento, ainda que anulado (art. 217), ou mesmo nulo, se se contraiu de boa fé (art. 221)*”. Além de dispor sobre presunções de paternidade a partir da constância do casamento (338 e 339), sobre as hipóteses e meios de prova aptos a contestação da legitimidade (art. 339 e 340), o legislador ratifica sua vocação predominantemente patriarcal, nos três seguintes dispositivos:

“**Art. 343.** Não basta o adultério da mulher, com quem o marido vivia sob o mesmo teto, para elidir a presunção legal de legitimidade da prole.

Art. 344. Cabe privativamente ao marido o direito de contestar a legitimidade dos filhos nascidos de sua mulher (art. 178, § 3º). (...)

Art. 346. Não basta a confissão materna para excluir a paternidade”.

Reafirma-se, assim, o poder quase absoluto de que se investia o pai de família, detentor exclusivo da legitimidade para impugnar a origem ou a qualidade da filiação havida na constância de seu matrimônio, mesmo diante de confissão do adultério feminino.

⁴⁵ Segundo Lafayette Rodrigues Pereira, “*O coito é damnado é punível segundo o Direito Civil, quando entre o homem e a mulher, ao tempo da concepção, subsistia algum dos impedimentos seguintes: 1º. Impedimento de parentesco em grau proibido; 2º. Impedimento resultante de investidura de ordens sacras maiores ou de entrada em ordem religiosa aprovada; impedimento do vínculo matrimonial. No primeiro caso denominam-se os filhos incestuosos; no segundo – sacrílegos; no terceiro – adulterinos*”. (**Direitos de Família**, p. 253-254).

⁴⁶ WELTER, Belmiro Pedro. Obra citada, p. 67. Todavia, em relação aos filhos sacrílegos, ressalta Silvio Rodrigues: “*Essa categoria desapareceu do direito brasileiro, ao se proceder à separação entre a Igreja e o Estado, de modo que, a partir de então, os filhos sacrílegos saíram da categoria dos espúrios, para serem tidos como simplesmente naturais*” (In: **Direito Civil**, v.6, p. 380).

No Capítulo IV do livro dedicado à família, o Código dispõe sobre o reconhecimento dos filhos ilegítimos, destacando-se a vedação ao reconhecimento dos filhos incestuosos e adulterinos (art. 358),⁴⁷ o que torna a legitimação um privilégio exclusivo dos filhos naturais, na medida em que os demais (adulterinos, incestuosos e sacrílegos) eram aqueles havidos por pessoas com impedimentos matrimoniais.

Conforme destaca Pontes de Miranda, a legitimação de filhos – admissível pelo Código Civil de 1916 apenas em razão de casamento de seus pais, que, a época da concepção, ainda não fossem legalmente unidos pelo matrimônio – detém certa eficácia retroativa, apta a sustentar o tratamento dos filhos como se fossem, de fato, nascidos sob o manto do matrimônio.⁴⁸ Não se trata, contudo, de retroação da legitimidade à data da concepção, pois *“é a data da concepção ou do nascimento que, por ficção legal, se considera protraída ao dia da celebração de quando goza o filho as prerrogativas da legitimidade”*.⁴⁹

Destacam-se, ainda, dois dispositivos que imprimem à vontade dos cônjuges (sobretudo daquele descontente com o reconhecimento) poder suficiente a rejeitar o acolhimento do filho reconhecido, no lar conjugal:

“Art. 359. O filho ilegítimo, reconhecido por um dos cônjuges, não poderá residir no lar conjugal sem o consentimento do outro.

Art. 366. A sentença, que julgar procedente a ação de investigação, produzirá os mesmos efeitos do reconhecimento; podendo, porém, ordenar que o filho se crie e eduque fora da companhia daquele dos pais, que negou esta qualidade”.⁵⁰

⁴⁷ Contudo, *“aos filhos adulterinos, a legitimação seria possível quando, sendo a adulterinidade a patre, a morte do outro cônjuge permitisse o casamento com a mãe, isto se não houvesse condenação de adultério, o que os impediria do casamento, conforme o art. 183 do Código Civil. Ademais, com a Lei nº 6.515/77 foi ampliada a possibilidade da legitimação, uma vez que com o divórcio se extingue o vínculo conjugal, permitindo que o divorciado se casasse novamente”* (VENCELAU, Rose Melo. **O elo Perdido da Filiação**: entre a verdade jurídica, biológica e afetiva no estabelecimento do vínculo paterno-filial, p. 18).

A despeito da sua insustentabilidade em face da Constituição Federal, estes dispositivo veio a ser expressamente revogado apenas em 1989, pela Lei nº 7.841.

⁴⁸ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. Obra citada, p. 20.

⁴⁹ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. Idem, p. 59.

⁵⁰ Posteriormente, a questão veio a ser disciplinada pelo Decreto-Lei nº. 3200/1941, que dispôs:

Art. 15. Se um dos cônjuges negar consentimento para que resida no lar conjugal o filho natural reconhecido do outro, caberá ao pai ou à mãe, que o reconheceu, prestar-lhe, fora do seu lar, inteira

Após dispor sobre a legitimidade dos pais e filhos para a investigação de paternidade (art. 355 e 363), o legislador estabelece norma protetiva à “honra” feminina, que supostamente seria abalada pelo reconhecimento de maternidade baseada em adultério ou “coito danado”: “**Art. 364.** *A investigação da maternidade só se não permite, quando tenha por fim atribuir prole ilegítima à mulher casada, ou incestuosa à solteira (art. 358)*”.

Além de descurar da tutela de aspectos existenciais relacionados ao estabelecimento de vínculos de paternidade e filiação calcados em nome, trato, fama e convivência (elementos que, posteriormente, viriam a integrar o conceito de posse de estado de filiação), o legislador de 1916 ratificou a discriminação pela disciplina dos direitos hereditários de modo distinto em relação às categorias de filhos, nestes termos:

Art. 1.605. Para os efeitos da sucessão, aos filhos legítimos se equiparam os legitimados, os naturais reconhecidos e os adotivos.

§ 1º. Havendo filho legítimo ou legitimado, só a metade do que a este couber em herança terá direito o filho natural reconhecido na constância do casamento (art. 358) (artigo revogado pela Lei nº 6.515/1977).

§ 2º. Ao filho adotivo, se concorrer com legítimos, supervenientes à adoção (art. 368), tocará somente metade da herança cabível a cada um destes.

O tratamento distinto da filiação a partir de sua origem reproduz, em grandes linhas, a vinculação religiosa do Direito romano e antigo, nos quais a família exercia relevante função de perpetuação da religião e dos cultos domésticos. Para tal finalidade, não bastava a mera reprodução de vínculos biológicos, exigindo-se a correlata perpetuação de “vínculos do culto”, atrelados à legitimidade de índole religiosa. Reconhecia-se, como integrante da família, apenas a filiação legítima, havida no seio de casamento religioso válido, pois somente estes filhos tinham aptidão para ingresso e participação nos cultos domésticos, o que sustentava sua vocação hereditária.

assistência, assim como alimentos correspondentes às condições social em que viva, iguais aos que prestar ao filho legítimo se o tiver.

Os bastardos ou naturais – também denominados “*nóthos*” pelos gregos e “*spurius*” pelos latinos – havidos de mulher que não integrava os cultos do chefe da família, não desempenhavam o papel religioso atribuído aos filhos legítimos, e, por consequência, não se consideravam portadores dos vínculos familiares. Em síntese, “*no Direito antigo, o nascimento constituía apenas o vínculo físico, enquanto a declaração do pai criava o vínculo moral e religioso*”.⁵¹ A propósito, no Direito Romano, o filho não integrava a família de sua mãe, mas somente a de seu pai, apenas se reconhecendo seu parentesco com sua genitora pelo fato de esta se encontrar, também, sob o poder do *pater*.⁵²

Cumprе observar que, nesta época, a noção de melhor interesse da criança ainda não havia se desenvolvido na cultura jurídica nacional. Tal conceito – desenvolvido em sede doutrinária e jurisprudencial para, então, ser apreendido pela Constituição de 1988 e pelo Estatuto da criança e do Adolescente – não encontraria suporte na racionalidade que orientou a formulação do Código Civil de 1916, diante da sua exacerbada índole patriarcal, que outorgava ao marido a autoridade suprema sobre sua esposa e filhos, mesmo em detrimento de seus interesses.

1.4. Legislação extravagante e constituições posteriores

Durante o século XX, no âmbito do Direito Trabalhista e Previdenciário foram dados alguns passos legislativos no sentido da superação das distinções entre filhos a partir de sua origem, até então vigentes. Paulatinamente, permitiu-se a inclusão de “*filhos de qualquer condição*” do contribuinte (ativo ou inativo) como beneficiários de verbas indenizatórias, alimentares e previdenciárias, com o objetivo de lhes garantir o sustento, tal como ordinariamente se garantia à esposa e aos filhos legítimos.⁵³

⁵¹ QUEIROZ, Juliane Fernandes. Obra citada, p. 17.

⁵² PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de direito de família**. v.1, p. 52.

⁵³ Como exemplos: Decreto nº 20.465/1931, Decreto nº 22.016/1932, Decreto nº 22.872/1933, Decreto nº 54/1934, Decreto nº 22.273/1934, Decreto nº 337/1935, Decreto nº 114/1935, Lei nº 367/1936, Decreto nº 1557/1937, Decreto nº 1918/1937 (alterado pelo Decreto nº 34.908/1944), Decreto-lei nº 196/1938, Decreto-lei nº 1355/1939, Decreto-lei nº 2.122/1940, Decreto nº 24.637/1944, Decreto-lei nº 7.036/1944, Decreto-lei nº 8.958/1946, Lei nº 1.316/1951, dentre outros. (FONSECA, Arnaldo Medeiros da. Obra citada, p. 137).

O tratamento constitucional da filiação também rumou no sentido da diminuição das desigualdades e inclusão de todos os filhos pela ampliação do mecanismo do reconhecimento, o que foi concluído pela Constituição de 1988, que definiu a questão ao estabelecer a igualdade entre a filiação de qualquer origem.

Na Carta de 1934 já se previa a dispensa de selos e emolumentos para o reconhecimento de filhos naturais, bem como, a tributação idêntica para os quinhões de herança correspondentes aos filhos de origens distintas.

Em 1937, o avanço em direção à igualdade foi ainda maior, o que se deu por dispositivo que, entretanto, não foi reproduzido pela Constituição seguinte. Trata-se do art. 126, inserido no capítulo da família – ainda “*constituída pelo casamento indissolúvel*” (art. 124) – que assim dispunha: “*Aos filhos naturais, facilitando-lhes o reconhecimento, a lei assegurará igualdade com os legítimos, extensivos àqueles os direitos e deveres que em relação a estes incumbem aos pais*”.

Instalou-se à época, amplo debate acerca da eficácia deste artigo na revogação da desigualdade hereditária entre filhos naturais e legítimos (ou legitimados) prevista pelo art. 1605, §1º, do Código Civil de 1916. Uma corrente de autores (onde se inclui Caio Mário,⁵⁴ Arnaldo Wald, dentre outros) sustenta que houve a revogação; para os demais, a revogação não se aperfeiçoou diante da não realização do plebiscito previsto pelo art. 187 daquela Constituição, porquanto haveria o seu art. 126 perdido sua eficácia, retroativamente. Esta segunda posição, endossada por Ricardo Pereira Lira é corroborada pela posterior revogação expressa do art. 1605, §1º, do Código Civil pelo art. 54 da Lei do Divórcio (Lei 6.515/1977), que, segundo estes autores, não seria necessária caso a derrogação houvesse sido implementada pela Constituição de 1937.⁵⁵ Para Arnaldo Medeiros da Fonseca, o dispositivo constitucional contemplava uma dupla eficácia: sua fração autoaplicável implicaria na atribuição imediata, aos filhos

⁵⁴ Para este autor, a facilitação ao reconhecimento deve levar em conta que “*só se pode facilitar aquilo que, sendo possível, é difícil*”, o que implica subsistência da vedação ao reconhecimento dos espúrios, já que “*seria necessário permiti-lo anteriormente*”. Ao deixar de lado, por um instante, a hierarquia das fontes normativas, conclui: “*A Carta Constitucional já encontrou uma situação legal definida pelo Código: os filhos espúrios não podiam ser reconhecidos*”, entendendo pela prevalência da disciplina codificada. Deste modo, apenas seria devida a facilitação do reconhecimento daqueles que, por lei, já são reconhecíveis (in: **Reconhecimento de Paternidade**, p. 31).

⁵⁵ LIRA, Ricardo Pereira. Obra citada, p. 33.

naturais, dos mesmos direitos reconhecíveis aos filhos legítimos, logo que fossem reconhecidos; em sua fração dotada de eficácia restrita, o dispositivo dependeria de regulamentação infraconstitucional, subsistindo impossibilidade de reconhecimento da filiação espúria, por força do que dispunha o art. 358 do Código Civil, “*preceito odioso, por mais injusto que parecesse*”.⁵⁶

Destaca-se, ainda, o Decreto-lei nº 4.737/1942, que estabeleceu que “*O filho havido pelo cônjuge fora do matrimônio pode, depois do desquite, ser reconhecido ou demandar que se declare sua filiação*” (art. 1º). Tratava-se, aqui, do filho adulterino, que não recebia o devido amparo pelo legislador do Código de 1916, que se limitou a permitir o reconhecimento dos filhos naturais, excluindo-se os incestuosos e espúrios (adulterinos) pelo seu art. 358. Os filhos aqui referidos são aqueles decorrentes do adultério paterno (“*a patre*”), posto que, pela incidência da presunção *pater is est*, considerava-se que o filho havido por adultério materno era filho legítimo do marido (art. 343 do CC/1916), legitimado exclusivo para a contestação dos filhos de sua mulher (art. 344).

O teor do Decreto-Lei gerou situação peculiar, pois, “*por um lado, [estes filhos] não eram naturais porque o desquite não destruía o impedimento para novo casamento; por outro, não eram adulterinos porque o desquite extinguiu os deveres recíprocos de coabitação e fidelidade*”.⁵⁷ Todavia, pela dicção legal, preferiu-se denominar naturais os filhos nascidos após o desquite, concebidos ou não na constância do casamento.⁵⁸ Apesar de o dispositivo restringir-se ao desquite, a doutrina preconizou sua aplicação extensiva e analógica a outras situações igualmente relevantes de dissolução da sociedade conjugal, tais como a morte e a anulação do casamento.⁵⁹

⁵⁶ FONSECA, Arnaldo Medeiros da. Obra citada, p. 137.

⁵⁷ VENCELAU, Rose Melo. Obra citada, p. 23.

⁵⁸ “Assim, o Decreto-Lei nº 4.737/42, ao tentar legalizar a situação dos filhos de desquitados, acabou por ter uma extensão muito maior, protegendo também filhos concebidos fora do casamento e ainda na sua vigência, que passaram a poder ser reconhecidos depois do desquite”. (VENCELAU, Rose Melo. Obra citada, p. 23).

⁵⁹ PEREIRA, Caio Mário da Silva. Obra citada, p. 35.

A questão veio a ser solvida em 1949, quando promulgada a Lei nº. 883, que dispôs: “*Dissolvida a sociedade conjugal, será permitido a qualquer dos cônjuges o reconhecimento do filho havido fora do matrimônio e, ao filho a ação para que se lhe declare a filiação*” (art. 1º). No âmbito de dissolução do vínculo conjugal compreendia-se, então, a morte e anulação do casamento.

Contudo, de pouca valia foi a ampliação do reconhecimento do filho a ambos os cônjuges, pois a questão da legitimidade de filho havido por adultério materno (“*a matre*”) continuava ancorada aos efeitos da presunção *pater is est*, ainda vigente. Nas palavras de Caio Mário da Silva Pereira, “*o obstáculo, entretanto, perdurava, em relação ao adultério a matre, visto como, vigorando a presunção pater is est quem nuptiae demonstrant, ele é filho legítimo, salvo contestação de legitimidade oportuna e frutuosa, em ação privativa do marido*”; neste viés, “*ocorre, em verdade, um ‘conflito de paternidades’, se se presume do marido o filho, e se se postula o reconhecimento de uma paternidade atribuível a terceiro*”.⁶⁰ Por conta disso, excluía-se qualquer possibilidade de reconhecimento de filho adulterino *a matre*.

A despeito do avanço da Lei nº 833/1949 no sentido da equalização dos filhos, assegurando aos reconhecidos o direito à percepção de alimentos (art. 4º), inclusive no decorrer da ação investigatória de paternidade (art. 5º), subsistiu a distinção hereditária relativa aos legítimos e legitimados (art. 2º), bem como a exclusão dos filhos incestuosos. Quanto aos alimentos, o art. 405 do Código já previa tal direito ao filho espúrio, mas “*a norma codificada impedia a ação direta do filho, o que só foi permitido com a Lei nº. 883/49 que se referia a filho ilegítimo e não, exclusivamente, ao adulterino*”.⁶¹

Destaca-se, ainda, mais um passo dado pela Lei nº 833/1949 no sentido da abolição da discriminação entre filhos, pelo que dispõe o seu art. 7º: “*No Registro Civil, proibida qualquer referência à filiação ilegítima de pessoa a quem interessa, far-se-á*

⁶⁰ PEREIRA, Caio Mário da Silva. Idem, p. 42-43. Conforme destaca Rose Melo Vencelau, obstaculizava-se, igualmente, a iniciativa processual do filho, por força do entendimento jurisprudencial à época vigente, que lhe negava a averiguação judicial da paternidade biológica. (In: Obra citada, p. 27).

⁶¹ VENCELAU, Rose Melo. Obra citada, p. 28.

remissão a esta Lei”, o que revogou o disposto no anterior Decreto-Lei nº. 3.200/1941, que permitia o registro da origem da filiação em havendo “*requerimento do próprio interessado ou em virtude de determinação judicial*” (art. 14). Todavia, seus efeitos ainda são tímidos, pois a existência de “*remissão a esta Lei*” significa, sem embargo, o registro da ilegitimidade na certidão de nascimento.

A situação dos filhos foi novamente alterada pela Lei nº 6.515/1977 (denominada “Lei do Divórcio”), que, dentre outras medidas, estabeleceu: permissão do reconhecimento de filho adulterino, por testamento cerrado, mesmo na constância do casamento (art. 51, 1); igualdade sucessória entre filiação de qualquer natureza (art. 51, 2); dispensa do ajuizamento da ação investigatória para reconhecimento de filiação após a dissolução do casamento, em havendo condenação do divorciado ao pagamento de alimentos (art. 51, 3). Estabeleceu-se, ainda, que “*Ainda que nenhum dos cônjuges esteja de boa fé ao contrair o casamento, seus efeitos civis aproveitarão aos filhos comuns*”. (art. 14, parágrafo único).

De todo modo, neste estágio, “*os filhos incestuosos e os adulterinos [ainda] não podiam ter seu estado de filho perfeitamente estabelecido, salvo os adulterinos após a dissolução da sociedade conjugal, com as constantes ressalvas feitas à adulterinidade a matre*”. Trata-se, com efeito, de “*verdadeira expressão da superioridade da tutela patrimonial da pessoa em face da proteção dos interesses existenciais*”.⁶²

A alteração mais relevante da Lei nº 883/1949 (parcialmente vigente) veio a ser foi imposta pela Lei nº. 7250/1984, que modificou o art. 1º daquela, acrescentando o seguinte dispositivo: “§ 2º - *Mediante sentença transitada em julgado, o filho havido fora do matrimônio poderá ser reconhecido pelo cônjuge separado de fato há mais de 5 (cinco) anos contínuos*”. A rigor, por força da presunção *pater is est*, a separação de fato não seria suficiente a abalar a paternidade do marido, mesmo havido o filho após a dissolução fática da sociedade conjugal. Tal premissa foi, entretanto, relativizada pela jurisprudência, que paulatinamente admitiu o reconhecimento da filiação pelo pai

⁶² VENCELAU, Rose Melo. Obra citada, p. 30.

biológico, a despeito da inexistência de contestação pelo cônjuge favorecido pela presunção.⁶³

A vedação ao reconhecimento dos filhos espúrios viria a ser revogada, na seara infraconstitucional, apenas em 1989, pelo implemento da Lei nº. 7.841, que revogou o art. 358 do Código Civil de 1916. Entretanto, conforme será visto, a norma ordinária não passou de mera repetição da Constituição de 1988, que encerrou definitivamente a desigualdade entre os filhos a partir da sua origem, vigente até então (art. 227, §6º).

Por fim, não se pode descurar da delicada situação dos filhos adotivos que, por força do que dispunha a Lei nº 3.133/1957 (que alterou o art. 377 do Código Civil de 1916), estavam excluídos da sucessão quando concorressem com filhos legítimos, legitimados ou reconhecidos pelo adotante, nascidos anteriormente à adoção. Caso o nascimento fosse superveniente, cabia, ao adotado, apenas a metade do quinhão correspondente aos demais.

Em suma, o Século XX foi marcado por uma série de avanços (e alguns retrocessos) legislativos no sentido da abolição das desigualdades havidas entre filhos a partir de sua origem (matrimonial ou não), expressão de uma cultura patriarcal que, simultaneamente, teve reduzida sua expressão social e jurídica. A moralidade social se desprende de muitos “tabus” em matéria de família (virgindade, matrimônio, desigualdades, autoridades), incorporando, por conseguinte, uma série de valores de índole existencial (dignidade, igualdade solidariedade) a determinar as relações familiares.

Esta transformação implicou na defasagem do estatuto jurídico das famílias, na medida em que base axiológica da disciplina codificada – estruturada sobre desigualdades (entre cônjuges e filhos), autoridades (pátrio poder e direção da entidade familiar pelo marido) e prevalência da dimensão do “ter” sobre a do “ser” – entrou em descompasso com a racionalidade socialmente vigente, sobretudo no que concerne à

⁶³ VENCELAU, Rose Melo. Obra citada, p. 31. Do supremo Tribunal Federal, colhe-se: *“ADULTERINIDADE A MATRE. POSSIBILIDADE DA AÇÃO DE INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE, MESMO SEM CONTESTAÇÃO CONTENCIOSA DO PAI PRESUMIDO. SEPARAÇÃO DE FATO DO CASAL PROLONGADA E NÃO CONTESTADA. PRESUNÇÃO DE PATERNIDADE SUBORDINADA A CONVIVÊNCIA CONJUGAL. INTERPRETAÇÃO DA LEI N 833. RECURSO EXTRAORDINÁRIO CONHECIDO MAS NÃO PROVIDO”*. (RE 56892, Relator(a): Min. Evandro Lins, Primeira Turma, julgado em 18/05/1965, DJ 16-06-1965).

distinção entre filhos. Sem embargo, a disciplina jurídica da ilegitimidade da filiação extramatrimonial perdeu, ao longo do tempo, sua legitimidade (cultural e social).

1.5. Constituição Federal de 1988

A constante dificuldade que permeia as tentativas de classificação das entidades familiares sob fôrmas e categorias estanques é ampliada, sobremaneira, pela Constituição de 1988. Não há mais que se falar em apenas uma, mas em várias possíveis conformações de entidades familiares juridicamente válidas, fundadas sobre uma diversidade de vínculos (formais, biológicos, afetivos). Está-se, agora, diante de entidades fundadas no convívio e acolhimento, dirigidas à comunhão de vida e afeto, comunidades-instrumento de promoção da felicidade, dignidade, e demais interesses existenciais de seus membros. A família (gênero) tornou-se plural e passou a compreender uma série de entidades familiares (espécies) que, há muito, existiam no universo dos fatos, mas não eram integralmente reconhecidas como tais pela sociedade, tampouco recepcionadas pelo Direito.

Abriu-se espaço ao denominado núcleo familiar (família eudemonista), uma comunidade de autoajuda, cooperação e comunhão de afeto e propósitos entre os membros, na qual prevalecem as relações orientadas por uma lógica de *coordenação* entre os integrantes, cuja realização pessoal – e satisfação de necessidades e interesses, sobretudo extrapatrimoniais – torna-se a finalidade precípua do instituto.

Trata-se da *família nuclear* albergada pelo artigo 226 e seguintes da Constituição de 1988, constituída pelo vínculo de afeto e convívio entre homens e mulheres casados (§1º e 2º) ou não (§3º), filhos com pai e mãe, ou com apenas um deles (§4º), esta última denominada *família pós-nuclear* ou monoparental. Em outras palavras:

“O ente familiar não é mais uma única definição. A família se torna plural. Da superação do antigo modelo da grande-família, na qual avultava o caráter patriarcal e hierarquizado da família, uma unidade centrada no casamento, nasce a família constitucional, com a progressiva eliminação da hierarquia, emergindo uma restrita liberdade de escolha; o casamento fica dissociado da dos filhos.

Começam a dominar as relações de afeto, de solidariedade e de cooperação. Proclama-se a concepção eudemonista da família: não é mais o indivíduo que existe para a família e para o casamento, mas a família e o casamento existem para seu desenvolvimento pessoal, em busca de sua aspiração à felicidade”.⁶⁴

Tal como ocorreu num período inicial, em que a família se prestava à produção agrícola e de bens de consumo, a família eudemonista novamente se instrumentaliza: contudo, os atuais objetivos se dirigem à realização de efetivos interesses existenciais de seus membros,⁶⁵ propósitos que se sobrepõem à antiga diretriz de supervalorização e manutenção dos vínculos de conjugalidade.⁶⁶

Este novo modelo foi acolhido e retratado pela Constituição de 1988, que lhe dedica o capítulo VII, integrado por normativa dotada de eficácia imediata (aplicabilidade direta) e mediata – aplicabilidade indireta, como parâmetro de validade, eficácia, e interpretação da normativa infraconstitucional, bem como, de critério vinculante à atividade do legislador ordinário – nas relações familiares.

“A Constituição Federal de 1988, por meio de, apenas dois artigos, no caso, **arts. 226, §5º e 227, §6º**, provocou profunda alteração no Direito de Família brasileiro; primeiro, porque a assimetria típica de

⁶⁴ FACHIN, Luiz Edson. **O direito de Família Gauche**, p. 64.

⁶⁵ OLIVEIRA, José Lamartine Correa de; MUNIZ, Francisco José Ferreira. Obra citada, p. 13.

⁶⁶ “A pequena-família, distante da família patriarcal caracterizada por ser uma unidade de produção, é muito mais um núcleo onde são dominantes as relações de afeto, de solidariedade e de cooperação. A família já não mais produz bens na esfera doméstica e por isso observa-se uma separação entre o lar e o local da trabalho. A família, ao transformar-se, valoriza as relações afetivas entre seus membros. O que conta na família nuclear é a satisfação das necessidades pessoais, numa comunhão de sentimentos e de afeto, isto é, de vida e de história. **Sob a concepção eudemonista da família, não é o indivíduo que existe para a família e para o casamento, mas a família e o casamento existem para seu desenvolvimento pessoal, em busca de sua aspiração à felicidade**”. (Grifou-se) (FACHIN, Luiz Edson. **Estabelecimento da filiação e paternidade presumida**, p. 25).

Este entendimento é comungado por Juliane Fernandes Queiroz, para quem “o papel do Estado foi ampliado: além da função de proteção da família, criou-se o dever de assegurar-lhe assistência, na pessoa de cada um dos que a integram. Entende-se portanto, que o objeto tutelado foi deslocado: não se protege mais a comunidade familiar, mas sim o indivíduo, o membro integrante dessa comunidade. (...) A proteção do Estado, antes dirigida à família-instituição, agora se volta para a família-instrumento. Se anteriormente a instituição família era preservada para atender a fins determinados pelo Estado ou pela Religião, independentemente da satisfação pessoal de seus membros (por muitas vezes sacrificados) hoje, a instituição família-instrumento só é mantida se atinge sua finalidade precípua: a de desenvolvimento integral de seus membros” (In: Obra citada, p. 20-22). Ainda no mesmo sentido: DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**, p. 39.

um sistema estruturado na família patriarcal, hierarquizada, e organizada com base em papéis pré-determinados se volatiliza diante do princípio da igualdade de direitos e deveres entre o marido e a mulher (art. 226, §5º); segundo, porque a categorização dos filhos, sob todos aspectos criticável e injusta, já que penalizava os filhos, igualmente desaparece face ao princípio que repudia as odiosas discriminações e inadequadas desigualdades entre os filhos”.⁶⁷

A partir da premissa metodológica anteriormente apresentada – relativa à impossibilidade de se compreender a história como uma sucessão ordenada de momentos definidos por rupturas – deve-se perceber que a Constituição Federal não arruinou o modelo patriarcal de família, até então vigente. O fundamento ideológico estruturante das famílias não se resume à vigência ou ao conteúdo de regra jurídica – derogável pela superveniência de regra hierarquicamente superior que lhe contrarie – mas a tradições sociais, sedimentadas na cultura popular por séculos de história.

Esta sorte de impotência do Direito para, autonomamente, transformar práxis sociais ancoradas a culturas e tradições seculares, é corroborada pelo fato de que a tendência restritivamente matrimonial, vigente por tanto tempo no direito de família, nunca foi suficiente para impedir a constituição de famílias legalmente “marginais”, tais como as uniões estáveis, “concubinatos”, uniões homoafetivas, monoparentais e outros modelos de entidades – fundadas no afeto e na busca da realização pessoal de seus integrantes – que apenas recentemente vieram a ser reconhecidas e tuteladas como famílias juridicamente legítimas.

A transformação de paradigmas socioculturais não se opera mediante simples sucessão no tempo. Tampouco é possível identificar-se, com um mínimo de precisão, o momento da ruptura, ou seja, a fronteira que define quando, e onde, uma dada constante cultural é levada a termo e sucedida por outra. Aliás, mesmo se se insistisse

⁶⁷ LEITE, Eduardo de Oliveira. **Direito civil aplicado**. v.5. Direito de Família, p. 200. No mesmo sentido, anota Luiz Edson Fachin: “Operando rompimento com o que estava ancorado no Código, o novo texto constitucional transformou alguns dos princípios sobre os quais o Código Civil fincou seu sistema. O legislador constitucional assim procedeu ao reconhecer a união estável não-matrimonializada, ao lado do casamento, ao alargar a concepção de família. Recolheu ao direito o mundo dos fatos. Adotando o estatuto unitário da filiação, dissociou o casamento da legitimidade dos filhos. A família pode ter origem matrimonial ou não”. (In: **Da paternidade**: Relação biológica e afetiva, p. 83).

na pretensão, tipicamente positivista, de apreensão história das instituições sociais em modelos e categorias que se sucederam na cronologia unidirecional da “evolução”, a plena compreensão do elemento temporal não seria suficiente para o intento, sem que se levassem em conta elementos espaciais, sobretudo em um país de dimensões continentais e composto por riquíssima diversidade sociocultural, como é caso do Brasil.

Daí porque, ao invés de se buscar compreender a Constituição de 1988 como o marco da ruptura entre “modelos” de família – abolição da família codificada, patriarcal, e introdução da família eudemonista – sua apreensão mais adequada (e menos ingênua) é aquela que a toma por “*fonte de novos contornos, que servirão como sugestão de modelos para a formação de novas famílias*”. Neste quadro “*o que se observa é a permanência de aspectos do modelo patriarcal, especialmente daqueles que não conflitam com as novas diretivas constitucionais*”.⁶⁸ A ideia de extinção do modelo patriarcal contrasta com o próprio ideal de pluralidade familiar encampado pela Constituição Federal, cujo império não admitiria deixar-se de reconhecer, como tal, uma família estruturada “à moda antiga”, ou seja, hierarquizada sob a autoridade de um patriarca.

1.5.1. Princípios constitucionais

A Constituição Federal de 1988 incorporou uma série de valores da existência humana, traduzindo-os sob a forma de regras e princípios, dotados de plena aplicabilidade a partir das diretrizes hermenêuticas próprias à operacionalização destas duas subespécies do gênero das normas jurídicas.⁶⁹

A operacionalização do Direito de Família na perspectiva civil-constitucional pressupõe a compreensão do fenômeno de elevação axiológica da dignidade humana – “*macroprincípio do qual se irradiam todos os demais: liberdade, autonomia privada,*

⁶⁸ CARBONERA, Silvana. Obra citada, p. 288. Pondera a autora: “*Fim de um modelo, início de outro? Talvez. Ou quem sabe fim do predomínio de um modelo legal e único e início da pluralidade de famílias. Este é um aspecto interessante: afinal, de que família se irá tratar?*” (In: Idem, p. 289).

⁶⁹ Sobre as principais diferenças relativas à operabilidade de normas e princípios, ver: BOROWSKI, Martin. **La estructura de los derechos fundamentales**. Traducción de Carlos Bernal Pulido. Bogotá: Universidad Externado de Colômbia, 2003.

cidadania, igualdade e solidariedade, uma coleção de princípio éticos”⁷⁰ – ao patamar de fundamento do ordenamento jurídico (art. 1º, inc. III, da CF) e seus efeitos concretos na hierarquização das questões merecedoras de tutela. Esta transformação, também denominada “repersonalização”, correlaciona-se de modo imediato a outro fenômeno, a “despatrimonialização” do Direito Civil e de Família.⁷¹ Nesta perspectiva, *“os interesses patrimoniais, que antes determinavam as soluções jurídicas nas relações de família, implícita ou explicitamente, perderam o protagonismo que detinham, assumindo posição de coadjuvantes dos interesses pessoais”*.⁷²

Em linhas gerais, ambos os fenômenos irradiam seus efeitos no estabelecimento de critérios axiológicos destinados à aferição do “merecimento de tutela” de bens e interesses jurídicos, sobretudo em caso de conflito. A prevalência que, sob o paradigma anterior, era impressa aos direitos interesses patrimoniais, foi deslocada para a esfera da proteção da pessoa, de sua dignidade, direitos e demais interesses de índole existencial – tais como a felicidade e a garantia de condições mínimas para a realização legítima de projetos de vida digna – o que encontra amparo na alocação da afetividade no patamar de fundamento das relações familiares, sobretudo no tocante à filiação. Conforme anota Paulo Lôbo:

“A história do direito à filiação confunde-se com o destino do patrimônio familiar, visceralmente ligado à consanguinidade legítima. Por isso, é a história da lenta emancipação dos filhos, da redução progressiva das desigualdades e da redução do *quantum* despótico, na medida da redução da patrimonialização dessas relações”.⁷³

⁷⁰ DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**, p. 52.

⁷¹ Immanuel KANT contrapõe, com precisão, os conceitos de preço e dignidade, próprios às dimensões patrimonial e existencial da família, respectivamente. Para o autor, *“No reino dos fins tudo tem ou um preço ou uma dignidade. Quando uma coisa tem um preço, pode-se pôr em vez dela qualquer outra como equivalente; mas quando uma coisa está acima de todo o preço, e portanto não permite equivalente, então tem ela dignidade”* (In: **Fundamentação da metafísica dos costumes**, p. 77).

⁷² LÔBO, Paulo. **Socioafetividade no Direito de Família: a Persistente Trajetória de um Conceito Fundamental**, p. 19. No mesmo sentido: TEPELINO, Gustavo. **A Disciplina Jurídica da Filiação na Perspectiva Civil-constitucional**, p. 397.

⁷³ LÔBO, Paulo. **Princípio jurídico da afetividade na filiação**, p. 253.

Todavia, esta transformação axiológica incorporada pelo trato constitucional da família não implicou em revogação da tutela jurídica do patrimônio e da ampla gama de interesses a ele correlatos, nas relações parentais. Sem embargo, o que ora se verifica é a funcionalização desta tutela jurídica pela persecução de finalidades diversas, atreladas à proteção e promoção da dignidade humana. Ou seja, *“evidentemente, as relações de família também têm natureza patrimonial; sempre terão. Todavia, quando passam a ser determinantes, desnaturam a função da família, como espaço de realização pessoal e afetiva de seus membros”*.⁷⁴

Nesta perspectiva, o direito de propriedade e a autonomia privada – sobretudo quando afetos às relações de parentesco – tornam-se instrumentos destinados à emancipação dos interesses subjetivos existenciais dos participantes, apenas se justificando o seu reconhecimento e tutela jurídica se, e na medida em que, seu exercício persiga e realize tais finalidades.⁷⁵

As transformações ratificadas pela Constituição Federal, a partir da incorporação de parâmetros axiológicos desenvolvidos no decorrer do século passado, levaram ao estabelecimento do que se pode denominar “novo modelo” de família, que:

“(...) funda-se sobre os pilares da repersonalização, da afetividade, da pluralidade e do eudemonismo, impingindo nova roupagem axiológica ao direito de família. Agora, a tônica reside no indivíduo, e não mais nos bens ou coisas que guarnecem a relação familiar. A família-instituição foi substituída pela família-instrumento, ou seja, ela existe e contribui tanto para o desenvolvimento da personalidade de seus integrantes como para o crescimento e formação da própria sociedade, justificando, com isso, a sua proteção pelo Estado”.⁷⁶

⁷⁴ LÔBO, Paulo. **Famílias**, p. 10.

⁷⁵ Em passagem emblemática acerca da funcionalização da propriedade – transponível à funcionalização dos demais institutos, inclusive da autonomia privada – Pietro Perlingieri afirma: *“Em um sistema inspirado na solidariedade política, econômica e social e ao pleno desenvolvimento da pessoa (...), função social assume um papel de tipo promocional, no sentido de que a disciplina das formas de propriedade e suas interpretações deveriam ser atuadas para garantir e para promover os valores sobre os quais se funda todo o ordenamento”* Trata-se, em última análise, da *“(...) própria razão pela qual o direito de propriedade foi atribuído a um determinado sujeito”* (In: **Perfis de Direito Civil**: Introdução ao Direito Civil Constitucional, p. 226).

⁷⁶ DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**, p. 39. Tal como ocorre com a tutela dos direitos de propriedade e da autonomia privada, *“a família, embora tenha ampliado, com a Carta de 1988, o seu prestígio constitucional, deixa de ter valor intrínseco, como instituição capaz de merecer*

O sustentáculo da dignidade humana está intimamente ligado a outro pilar axiológico estruturante do nosso ordenamento: a solidariedade. A inobservância desta necessária correlação poderia tornar a repersonalização das relações jurídicas uma nova conformação do individualismo e do egoísmo, que se exacerbavam no paradigma anterior.⁷⁷ A falência do individualismo liberal mostrou que apenas se pode efetivar a dignidade humana em sociedade – e, por consequência, na família – pelo império da solidariedade, fonte de deveres de consideração, cuidados e assistência mútua entre todos os participantes do cenário social e familiar.⁷⁸

Ambos os valores, dignidade e solidariedade, são hemisférios interdependentes e indissociáveis do núcleo da organização social, política e cultural vigente sob a égide da Constituição de 1988. Nas palavras de Paulo Lôbo, marcam presença “*de um lado, o valor da pessoa humana enquanto tal, e os deveres de todos para com sua realização existencial, nomeadamente do grupo familiar; de outro lado, os deveres de cada pessoa humana com as demais, na construção harmônica de suas dignidades*”.⁷⁹

Devido à sua ampla operabilidade e pelo seu conteúdo propositalmente aberto – que possibilita sua concreção a partir das circunstâncias do caso concreto, a partir de tantas variáveis quantas forem possíveis de apreensão pelo intérprete – os princípios

tutela jurídica pelo simples fato de existir, passando a ser valorada de maneira instrumental, tutelada na medida em que – e somente na exata medida em que – se constitua em um núcleo intermediário de desenvolvimento da personalidade dos filhos e de promoção da dignidade dos seus integrantes”. (TEPEDINO, Gustavo. **A Disciplina Civil-constitucional das Relações Familiares**, p. 352).

⁷⁷ TEPEDINO, Gustavo. **A Disciplina Jurídica da Filiação na Perspectiva Civil-constitucional**, p. 398. Está-se diante de um aparente paradoxo: “*enquanto se proclama a exigência do princípio da solidariedade familiar, a evolução do direito de família acompanhou a progressiva expansão do princípio da dignidade da pessoa humana. (...) O direito atual, em sentido oposto [ao do direito anterior], alude à proteção da família “na pessoa de cada um dos que a integram” (art. 226, §8º da Constituição). Assim, o grupo familiar permanece concebido como titular de direitos, mas tem de compartilhar essa titularidade com as titularidades de cada pessoa que o integra. É justamente a solidariedade (e não mais a autoridade do chefe) que permite a unidade familiar*” (LÔBO, Paulo. **Princípio da solidariedade familiar**, p. 151).

⁷⁸ “*A repersonalização, posta nestes termos, não significa um retorno ao vago humanismo da fase liberal, ao individualismo, mas é a afirmação da finalidade mais relevante da família: a realização da afetividade pela pessoa no grupo familiar; no humanismo que só se constrói na solidariedade – no viver com o outro*”. (LÔBO, Paulo. **Famílias**, p. 16).

⁷⁹ LÔBO, Paulo. **Princípio da solidariedade familiar**, p. 148.

são os instrumentos constitucionais de maior relevância na instituição e tutela destes novos modelos de família.

Na Constituição de 1988, pode-se distinguir uma categoria de princípios dotados de caráter geral (ou seja, aplicáveis a todos os ramos do Direito), na qual se incluem a dignidade, a igualdade, a liberdade, a vedação ao retrocesso social e a proteção integral às crianças e adolescentes; e, também, ao lado de outras categorias próprias a outros ramos do Direito (Penal, Administrativo, Processual, etc.), uma categoria de princípios própria ao Direito das Relações Familiares, dentre os quais se destacam, de forma não exaustiva: a *dignidade humana* (art. 1º, inc. III), que veda qualquer sorte de discriminação entre cônjuges, entidades familiares ou espécies de filiação, permite que uniões amorosas se dissolvam quando percam aptidão para proporcionar felicidade e vida digna a seus membros⁸⁰ e atribui, a cada sujeito, o poder de se autodeterminar (inclusive quanto à orientação sexual que melhor lhe aprouver) em busca de sua realização pessoal); a *liberdade* (art. 5º, *caput*) que incide sobre a escolha do par afetivo, da forma de união, do regime de bens, sobre o projeto parental reprodutivo e adotivo (art. 266, §7º da CF),⁸¹ implica na derrogação da autoridade – que, em momento anterior, garantia ao cônjuge masculino o controle e direção de todos os atos da vida esposa – garante às crianças e adolescentes a expressão e participação na vida familiar e comunitária; a *igualdade* e o correlato *respeito à diferença*, que equiparam a carga de direitos e obrigações de ambos os cônjuges entre si (art. 226, §5º, da CF), bem como equalizam e unificam o status jurídico de filho, vedando qualquer sorte discriminação a partir de sua origem (art. 227, §6º), conforme ocorria em período anterior; a *solidariedade*, “como categoria ética e moral que se projetou para o mundo jurídico” sob a forma de “vínculo de sentimento racionalmente

⁸⁰ Conforme aponta Maria Berenice Dias, “É direito constitucional do ser humano ser feliz e dar fim àquilo que o aflige sem inventar motivos. Desse modo, também o direito de buscar a separação e o divórcio estão amparados no princípio da dignidade humana” (In: Obra citada, p. 53).

⁸¹ Aqui se destaca a necessidade do consentimento livre dos maiores de doze anos de idade para sua colocação em família substituta por força de guarda, tutela ou adoção (art. 28, §2º do ECA), bem como, a necessidade de consentimento do filho maior para o reconhecimento, atrelada à possibilidade de impugnação de reconhecimento levado à efeito durante sua menoridade (art. 1.614 do Código Civil de 2002). Tais liberdades, frise-se, não significam a “destruição dos vínculos e laços familiares, mas a reconstrução sobre novas bases”. (LÔBO, Paulo. **Princípio da solidariedade familiar**, p. 151).

guiado, limitado e autodeterminado que compele à oferta de ajuda, apoiando-se em uma mínima similitude de certos interesses e objetivos”,⁸² que, na família, opera como uma fonte de deveres e responsabilidades⁸³ quanto ao respeito e assistência mútua entre cônjuges e, sobretudo, entre os pais, mães, seus filhos, e demais crianças ou adolescentes vinculados pelo parentesco, cuja proteção é atribuída, em primeiro plano, à família, e, após, à sociedade e ao Estado (art. 227 da CF); por força deste princípio, admite-se a exigibilidade de alimentos com base na mera existência de vínculos de parentesco (atendido o binômio necessidade do alimentando/possibilidade do alimentante), desde que haja, contudo, reciprocidade no cumprimento de deveres inerentes ao papel ocupado por cada membro da família;⁸⁴ ademais, atribui-se, aos pais, o dever de assistência e criação dos filhos menores, cumprindo, posteriormente, aos filhos, a prestação de auxílio e amparo material aos pais na velhice, carência ou enfermidade (art. 229); *o pluralismo*, que desvinculou a exclusividade na constituição da família do matrimônio, ora se admitindo uma série de outras relações sociais – uniões homoafetivas, uniões estáveis (simples ou paralelas), entidades monoparentais e anaparentais,⁸⁵ dentre outras possíveis conformações afetivas – como verdadeiras famílias, e não mais como concubinatos ou “sociedades de fato”, como outrora; a *proteção integral a crianças, adolescentes e jovens*, que atribui caráter fundamental a seus direitos (art. 227), imprimindo-lhes prioridade de tratamento nas políticas públicas (sobretudo naquelas de índole prestacional), destinadas à preservação da vida, saúde, alimentação, educação, lazer, profissionalização, cultura, dignidade respeito, liberdade, convivência familiar e comunitária (mesmo que isso demande inserção em

⁸² LÔBO, Paulo. Idem, p. 144.

⁸³ “Reponsabilidade não apenas dos poderes públicos, mas também da sociedade e de cada um dos seus membros individuais, pela existência social de cada um dos outros membros da sociedade” (LÔBO, Paulo. Idem, p. 145).

⁸⁴ “Assim, deixando um dos parentes de atender com a obrigação parental, não poderá exigi-la de quem se negou a prestar auxílio. Vem a calhar o exemplo do pai que deixa de cumprir com os deveres inerentes ao poder familiar, não provendo a subsistência dos filhos. Tal postura subtrai a possibilidade de posteriormente buscar alimentos frente aos filhos invocando o princípio da solidariedade familiar” (DIAS, Maria Berenice. Obra citada, p. 56).

⁸⁵ “A convivência entre parentes ou entre pessoas, ainda que não parentes, dentro de uma estruturação com identidade de propósito, impõe o reconhecimento da existência de entidade familiar batizada com o nome de família anaparental” (DIAS, Maria Berenice. Idem, p. 46).

família substituta, já que “o direito à convivência familiar não está ligado à origem biológica da família”, pois “não é um dado, é uma relação construída no afeto, não derivando dos laços de sangue”⁸⁶ proteção contra toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão (art. 227), sobretudo em se tratando de portadores de deficiência ou dependentes de drogas (§1º, inc. II e §3º inc. VII); garante-se, ainda, sua proteção especial nas relações e trabalho e previdenciárias (§3º, inc. I a III), no acesso aos estudos (§3º, inc. III), na apuração de infrações e atos delituosos (§3º, inc. IV e V), proteção ao órfão (§3º, inc. VI), participação do Poder Público nos procedimentos de adoção (§ 5º) e vedação à discriminação entre filhos (§6º); impõe-se, ainda, o dever de amparo aos idosos, “assegurando sua participação na comunidade, defendendo sua dignidade e bem-estar e garantindo-lhes o direito à vida” (art. 230), o que é disciplinado com maior amplitude pelo Estatuto do Idoso (Lei nº 10.741/2003); a vedação ao retrocesso social (dedutível por interpretação teleológica do disposto no art. 1º, *caput* e inc. III, art. 3º, inc. II, 5º, inc. XXXVI e §1º) diretriz vinculante a todo o sistema jurídico com aptidão a vedar o estabelecimento de quaisquer barreiras que impliquem em óbice à efetivação dos direitos fundamentais ou dos demais princípios (igualdade, liberdade, solidariedade), sobretudo no que tocante às políticas públicas de natureza prestacional, que não podem ser simplesmente suprimidas pelo Estado; *afetividade* que, embora não constando expressamente no texto constitucional, é princípio implícito na tutela da família, de tranquila apreensão a partir da disciplina da união estável e da convivência familiar, da eficácia dos vínculos socioafetivos de paternidade (decorrente da vedação à discriminação de filhos), da adoção, dentre outras relações familiares contemporâneas, não necessariamente calcadas sobre o matrimônio, que encontram amparo na interpretação teleológica regras e da conjugação dos demais princípios afetos às famílias. Em outras palavras: “A teoria e a prática das instituições de família dependem, em última análise, de nossa competência em dar e receber amor. Talvez nada mais seja necessário dizer para

⁸⁶ DIAS, Maria Berenice. Idem, p. 58.

evidenciar que o princípio norteador do direito das famílias é o princípio da afetividade”.⁸⁷

1.6. Pós-Constituição

À Constituição Federal seguiu-se a Lei nº. 7.841/1989, que revogou o art. 358 do Código Civil de 1916 (o qual, em sua redação original, previa que “*os filhos incestuosos e os adulterinos não podem ser reconhecidos*”). No ano seguinte foi promulgado o Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei nº. 8.560/1990) que também “*corroborar com a Constituição Federal*”⁸⁸ na proteção da dignidade, dos direitos e dos demais interesses das crianças e adolescentes inseridos nas principais instituições sociais (família, escola, comunidade e Estado). Além de atribuir à família, à comunidade e à sociedade em geral, o dever de “*assegurar, com absoluta prioridade, a efetivação dos direitos referentes à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao esporte, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária*” (Grifou-se – art. 4º) e reiterar a vedação à negligência e à discriminação (art. 5º), o Estatuto dedicou capítulo ao direito à convivência familiar, outorgando preferência à família natural (“*comunidade formada pelos pais ou qualquer deles e seus descendentes*” – art. 25) sobre a substituta (art. 19)⁸⁹, reproduziu a vedação à discriminação dos filhos havidos, ou não, do casamento, e adotados (art. 20), distribuiu, de modo equitativo a ambos os pais, o pátrio poder (poder familiar) e o dever de sustento (art. 21 e 22), e, ainda, ratificou a possibilidade de reconhecimento de filhos havidos fora do casamento “*no próprio termo de*

⁸⁷ DIAS, Maria Berenice. Idem, p. 58.

A classificação dos princípios constitucionais do Direito de Família é assim realizada por Paulo Lôbo: “a) Princípios fundamentais: I – Dignidade da pessoa humana; II – Solidariedade familiar; b) Princípios gerais: III – Igualdade; IV – Liberdade; V – Afetividade; VI – Convivência Familiar; VIII – Melhor interesse da criança”. (In: **Princípio da solidariedade familiar**, p. 147).

⁸⁸ Conforme afirma Rose Melo Vencelau, “*Não obstante a norma constitucional ter aplicabilidade imediata, fazia-se mister a inauguração também de uma nova ordem infraconstitucional, pois que o Código de Menores de 1979 já compadecia de inconstitucionalidade*” (In: Obra citada, p. 47). A conclusão acerca da necessidade de confirmação infraconstitucional da normativa constitucional (muitas vezes por reprodução literal do Texto Maior) para assegurar sua eficácia será, a seguir, problematizada.

⁸⁹ Todavia, “*observe-se que a preferência existe desde que cumpra a sua função*” (VENCELAU, Rose Melo. Idem, p. 48).

nascimento, por testamento, mediante escritura ou outro documento público, qualquer que seja a origem da filiação” (art. 26), a que se atribuiu o caráter de “direito personalíssimo, indisponível e imprescritível,⁹⁰ podendo ser exercitado contra os pais ou seus herdeiros, sem qualquer restrição, observado o segredo de Justiça” (art. 27).

Na medida em que a Constituição Federal já havia abolido definitivamente a distinção entre filhos a partir de sua origem, ao estabelecer que “*Os filhos, havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação*” (art. 226, §6º), bem como, estabelecido uma série de direitos e garantias aos filhos, crianças e adolescentes, há que se questionar a necessidade da revogação expressa do art. 358 do CC/1916 pela Lei nº. 7.841/1989, bem como, da promulgação de um diploma legislativo (ECA) que, em boa parte do que concerne ao Direito de Família, simplesmente reproduz o que já havia sido previsto na Constituição Federal de 1988.

A resposta a tal indagação não se encontra no capítulo da teoria geral do Direito dedicado ao conflito das leis no tempo, pois é assente que lei posterior – especialmente aquelas de máximo grau hierárquico, como é o caso da Constituição Federal – derroga, mesmo que de forma tácita, lei anterior no que lhe contrarie.

A necessidade da “confirmação” infraconstitucional dos ditames constitucionais – o que, não raramente, se dá por simples repetição de seu texto – deve-se à tradição do fenômeno da codificação, que por tanto tempo prevaleceu em nossa cultura jurídica, implicando em severa resistência ao reconhecimento de eficácia plena e imediata à normativa e principiologia de ordem constitucional. Tradicionalmente, reconheceu-se caráter programático à Constituição, admitindo-se, quando muito, a eficácia mediata de sua normativa. Daí porque se reputava necessária regulação superveniente das matérias por estatutos legislativos, tal como ocorreu com a Lei nº. 7.841/1989 e com parte das disposições do ECA.

⁹⁰ Conforme ressalta Rose Melo Vencelau, “*A imprescritibilidade se refere ao direito ao reconhecimento forçado, isto é, não se sujeita a prazo decadencial a ação de investigação de paternidade. De fato, não se trata de prescrição, mas de decadência. É a pretensão, que surge com a lesão a direitos subjetivos, que prescreve. O direito dos filhos ao reconhecimento judicial da filiação é outra situação subjetiva, trata-se de direito potestativo*” (In: Idem, p. 51).

À ocasião, a metodologia da constitucionalização do direito civil – em franco desenvolvimento nos países europeus e, inclusive, em países latino-americanos⁹¹ – arriscava seus primeiros passos na doutrina brasileira,⁹² mas ainda não transitava livremente pelos outros campos de expressão jurídica, como o legislativo e o jurisdicional. Daí porque nesta, e em outras oportunidades, a máquina legislativa ocupou-se da reprodução, muitas vezes literal, de trechos da Constituição Federal, na crença de que, assim, aquelas diretrizes estariam adquirindo eficácia e aplicabilidade plenas, pois até então tais atributos estariam “contidos” ou latentes.⁹³

Em 1992, a Lei nº. 8.560 estabeleceu uma série de relevantes alterações às relações de paternidade e filiação, destacando-se: a irrevogabilidade do reconhecimento de filhos havidos fora do casamento (art. 1º); a averiguação oficiosa de paternidade (art. 2º) que, após 2009, tornou-se demonstrável por “*todos os meios legais, bem como os moralmente legítimos*” (art. 2º-A), incluindo-se a presunção de paternidade pela recusa do demandado a submeter-se a exame de DNA, desde que respaldada pelos demais elementos de prova (art. 2º-A, §1º); a exigência de consentimento do filho maior, para seu reconhecimento (art. 4º); a vedação à averbação discriminatória acerca da origem da filiação, no registro civil (art. 5º, 6º e 8º); e, o direito aos alimentos provisionais ou definitivos, a serem fixados por sentença (art. 7º).

Após décadas de acirrados debates, sucedidos por igualmente longo período de esquecimento nos arquivos do Congresso Nacional, a comunidade jurídica brasileira

⁹¹ Na Itália: PERLINGIERI, Pietro. **Il diritto Civile nella legalità costituzionale**. ESI: Napoli, 1991; na Espanha: FLÓREZ-VALDÉS, Joaquín Arce y. **El Derecho Civil Constitucional**. Madrid: Editorial Civitas S.A., 1986; na Argentina: LORENZETTI, Ricardo Luis. **Fundamentos do direito privado**. São Paulo: Revista dos Tribunais 1998.

⁹² Ver, por todos: OLIVEIRA, José Lamartine Corrêa de; MUNIZ, Francisco José Ferreira. **O Estado de Direito e os Direitos da Personalidade**. In: *Revista dos Tribunais*. Ano. 68. Nº. 532. fev/1980, p. 11-23; LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Constitucionalização do direito civil**. In: *Revista de Informação Legislativa*. n. 141. jan./mar. 1999. Brasília, 1999; MORAES, Maria Celina Bodin. **A caminho de um direito civil constitucional**. In: *Revista de Direito Civil*., v. 65, p. 21 e ss., jul./set. 2003. São Paulo: RT, 2003.

⁹³ Uma classificação criteriosa acerca das diversas espécies de normas constitucionais a partir de sua eficácia pode ser encontrada em: BARROSO, Luiz Roberto. **A Constituição e a efetividade de suas normas**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1993.

assistiu à promulgação do Código Civil de 2002, com vigência a partir de janeiro de 2003.⁹⁴

Tal como ocorria no Código Civil vigente no século anterior, o atual diploma civil disciplina boa parte das relações de família, buscando traduzir seus atuais contornos, seja por “inspiração constitucional”, seja pela sensibilidade do legislador ao novo perfil pluralista e humanitário das famílias atuais.⁹⁵

No que tocante às relações de paternidade e filiação, o codificador inicialmente debruça-se sobre a guarda (instituída sob a forma unilateral ou compartilhada pela Lei 11.698/2008), destacando-se a inserção do “*afeto com o genitor e com o grupo familiar*” como parâmetro de valoração aplicado na seleção dos genitores para a definição da guarda unilateral (art. 1.583, inc. 2º, §1º), a subsidiariedade da aplicação da guarda compartilhada às hipóteses em que não haja acordo entre os pais divorciados (§2º do mesmo artigo) ou àquelas hipóteses em que, a critério do juiz, existam motivos graves para se disciplinar a situação dos filhos de modo diverso ao previsto na legislação (art. 1.586).

O capítulo dedicado à filiação prossegue pela reprodução da cláusula constitucional instituidora da igualdade entre os filhos, baseada na vedação à sua discriminação a partir da origem. Trata-se do art. 1.596 (reprodução literal do art. 227, §6º, da Constituição Federal), que prevê: “*Os filhos, havidos ou não da relação de*

⁹⁴ Rose Melo Vencelau registra, a partir do Relatório Geral extraído do Parecer Final apresentado pela Comissão Especial do Código Civil, que, das 332 emendas impostas a seu projeto original, 138 (42%, portanto) foram operadas sobre questões afetas ao Direito de Família. Em geral, “*estas emendas tiveram a sorte de diminuir esse desacerto, de modo a atualizar o Direito projetado com a já não tão nova Constituição Federal*” (In: Obra citada, p. 52).

⁹⁵ Registra-se um grande número de estudos destinados à crítica e à problematização do novo Código Civil, em toda a sua extensão. Questiona-se desde a necessidade da promulgação de um novo código, sua constitucionalidade, a ressignificação do conceito de “código”, a técnica legislativa, a verificada reprodução, em larga escala, do Código de 1916, omissões, retrocessos, avanços que ainda estão longe de ser implementados pela sociedade brasileira, dentre outras questões que não se pretende, neste trabalho, abordar. Para aprofundamento neste estudo, indica-se: LÔBO, Paulo. **Famílias**, p. 9; FACHIN, Luiz Edson. RUIZIK, Carlos Eduardo Pianovski. **Um Projeto de Código Civil na contramão da Constituição**. In: *Revista Trimestral de Direito Civil*. n.4. São Paulo: Padma, 2000, p. 243-263, TEPELINO, Gustavo. **A parte geral do Novo Código Civil**. Estudos na perspectiva civil-constitucional Rio de Janeiro: Renovar, 2002 e MARTINS-COSTA, Judith; BRANCO, Gérson Luis Carlos. **Diretrizes Teóricas do novo Código Civil**. São Paulo: Saraiva, 2002. Em sentido oposto, ou seja, pela defesa do papel do novo Código Civil no Direito de Família: LEITE, Eduardo de Oliveira. **Bioética e presunção de paternidade** (Considerações em torno do art. 1.597 do Código Civil), p. 18.

casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação”. Em seguida, o Código estabelece a disciplina da paternidade e maternidade presumidas (art. 1.597 a 1.602), da prova da filiação (1.603 a 1.606), questões que serão aprofundadas em momento posterior deste estudo.

O trato da presunção de vínculos é sucedido pela disciplina do reconhecimento de filhos (de qualquer origem), realizável por ambos os pais, conjunta ou separadamente (art. 1.607), de modo irrevogável (art. 1.609 e 1.610) e incondicional (art. 1.613); privilegia-se, ainda, a “verdade registral” da maternidade (art. 1.608) bem como a necessidade de consentimento do outro para que o filho, reconhecido por um dos cônjuges, resida no lar do casal (art. 1.611); estipula-se a necessidade de consentimento para reconhecimento de filho maior, prevendo-se o direito do filho menor reconhecido de impugnar o ato, nos quatro anos subsequentes à sua maioridade ou emancipação (art. 1.614). Tais disposições já constavam na Lei nº 8.560/1992, cuja redação é reproduzida pelo art. 1.609 do Código Civil.

A disciplina da adoção foi transferida do Código Civil ao Estatuto da Criança e do Adolescente pela Lei nº. 12.010/2009, que também implicou relevantes alterações na disciplina do instituto, pelo ECA.⁹⁶

A disciplina da filiação segue-se pela ratificação do conceito de poder familiar (art. 1.630 e seguintes), sucedâneo constitucionalmente legítimo do pátrio poder, outrora vigente. O poder familiar não é apenas *poder* calcado sobre autoridade e subordinação (tal como o seu antecessor), mas um *poder-dever*,⁹⁷ ou seja, um instrumento funcionalizado pela satisfação dos interesses existenciais dos filhos, que

⁹⁶ Vale ressaltar que “o tratamento diferenciado em capítulos diversos dos filhos havidos no casamento, dos filhos não havidos da relação do casamento e dos adotivos, não afronta o §6º do art. 227 da Constituição, pois a diferença se encontra no modo de estabelecimento jurídico da filiação que, uma vez firmada, iguala todos os filhos, independentemente da sua origem” (VENCELAU, Rose Melo. Obra citada, p. 54).

⁹⁷ Todavia, aponta Maria Berenice Dias, “embora a expressão “poder familiar” tenha buscado atender à igualdade entre o homem e a mulher, não agradou. Mantém ênfase no poder, somente deslocando-o do pai para a família. Pecou gravemente ao se preocupar mais em retirar da expressão a palavra “pátrio” do que incluir o seu real conteúdo, que, antes de um poder, representa obrigação dos pais, e não da família, como o nome sugere. O poder familiar, sendo menos um poder e mais dever, converteu-se num *mínus*, e talvez fosse melhor falar em função familiar, em *deve familiar*” (In: Obra citada, p. 380).

opera como fonte de emanção de deveres de proteção e promoção de vida, saúde, alimentação, educação⁹⁸, esporte, lazer, profissionalização, cultura, dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, tal como já estabeleceram a Constituição Federal (art. 227) e o Estatuto da Criança e do Adolescente (art. 4º). Em comentário à evolução do poder familiar, que progressivamente vem perdendo sua índole autoritária e subordinante (típica do pátrio poder) e ganhando contornos instrumentais, Paulo Lôbo afirma:

“A evolução gradativa deu-se no sentido da transformação de um poder sobre os outros em autoridade natural com relação aos filhos, como pessoas dotadas de dignidade no melhor interesses deles e da convivência familiar. Essa é a sua natureza. Assim, o poder familiar, sendo menos poder e mais dever, converteu-se em múnus, concebido como encargo legalmente atribuído a alguém, em virtude de certas circunstâncias, a que se não pode fugir. O poder familiar dos pais é ônus que a sociedade organizada a eles atribui, em virtude da circunstância da parentalidade, no interesse dos filhos. O exercício do múnus não é livre, mas necessário no interesse de outrem”.⁹⁹

O Código prevê os modos de exercício do poder familiar (art. 1.634) estabelecendo um rol não exaustivo de poderes-deveres inerentes às funções paterna e materna. Àqueles, deve-se acrescentar toda sorte de medida juridicamente válida que realize, em ampla extensão, os interesses atrelados ao bem estar, educação, saúde, felicidade e inserção cultural e social dos filhos, valores que alicerçam a construção de personalidades sadias e subjetividades emancipadas, em plena harmonia com a funcionalização do núcleo familiar eudemonista pela promoção da dignidade de seus integrantes (art. 1º, inc. III da CF).

⁹⁸ “A educação abrange não somente a escolaridade, mas também a convivência familiar, o amor, o carinho, o afeto, passear, pular, brincar, em síntese, criar condições para que a presença dos pais ajude a criança em formação a se desenvolver saudavelmente” (CANEZIN, Claudete de Carvalho. **Da reparação do dano existencial ao filho decorrente do abandono paterno-filial**, p. 78).

⁹⁹ LÔBO, Paulo. **Do poder familiar**, p. 179-180. No mesmo sentido: “Ao agirem desta maneira, os responsáveis pela família contribuem para o desenvolvimento da pessoa e, em última instância, colaboram para edificar a dignidade humana, na criança ou adolescente que se encontra em estágio inicial de autoconhecimento e evolução para a fase adulta, resultando daí a importância para o próprio Estado, pois se trata de princípio fundamental para a República” (ANGELUCI, Cleber Affonso. **Amor tem preço?**, p. 48)

Em grandes linhas, pode-se afirmar que, em relação ao sistema anterior, o Código Civil de 2002:

- *Altera e inclui*: o princípio da igualdade material (art. 1.596), o reconhecimento da filiação extramatrimonial (art. 1.609) nos termos da Lei 8.560/92, o emprego de terminologia precisa na diferenciação entre nulidade e anulação registral (art. 1.597, inc. II), entre impotência *coeundi* e *generandi* (art. 1.599), bem como na substituição da perempção de instância (art. 351 do CC/1916) pela extinção do processo (art. 1.606, §º único do CC/2002);

- *Altera e exclui*: o sistema de provas determinadas para a negatória de paternidade (art. 340 do CC/1916), prevalecendo a presunção temporal (art. 1.598 do CC/2002); revoga os prazos prescricionais e decadenciais (art. 178, §§ 3º e 4º do CC/1916), estabelecendo a imprescritibilidade da ação negatória;

- *Não altera*: a alusão preconceituosa à condição feminina (art. 1.601 e 1.602); e a denominação “*ação de contestação da paternidade*”, quando poderia haver empregado nomenclatura mais moderna, como “*impugnação de paternidade*” ou “*pretensão negatória*”;

- *Inova* em dois momentos relevantes: acolhimento da tutela da posse de estado de filho, sob o título de “*parentesco de qualquer origem*” (art. 1.593 e 1.605, inc. II), a partir da tríplice *nomen*, *tractatio* e *fama* compreensiva de diversas hipóteses de filiação socioafetiva; e, estabelecimento das presunções de paternidade na reprodução humana assistida (art. 1.597, inc. III, IV e V).¹⁰⁰

Destaca-se, ainda, o elenco de princípios concernentes à filiação, albergados pelo Código e legislação extravagante: a) dissociação entre status de filho e estado civil dos pais (inaugurada em sede jurisprudencial); b) elevação do direito à paternidade ao patamar de direito fundamental da criança e adolescente,¹⁰¹ com

¹⁰⁰ FACHIN, Luiz Edson. **Paradoxos do Direito da Filiação na Teoria e Prática do Novo Código Civil Brasileiro – Intermitências da vida**, p. 10-11.

¹⁰¹ Segundo Giselda Hironaka, “por “*direito ao pai*” deve-se entender o direito atribuível a alguém de conhecer, conviver, amar e ser amado, de ser cuidado, alimentado e instruído, de se colocar em situação de aprender e apreender os valores fundamentais da personalidade e da vida humanas, de ser posto a caminhar e a falar, de ser ensinado a viver, a conviver e a sobreviver, como de resto é o que ocorre – em quase toda a extensão mencionada – com a grande maioria dos animais que

ampliação das possibilidades de reconhecimento da filiação havida fora do casamento; c) superação dos limites formais referentes à prova na investigação de paternidade (também em harmonia com a evolução da jurisprudência);¹⁰² d) dissociação entre paternidade e ascendência genética, com possibilidade de reconhecimento (forçado, espontâneo ou voluntário) da vinculação socioafetiva (art. 1.593), além da manutenção da divisão entre investigação e averiguação de paternidade, compreensivas do reconhecimento voluntário e forçado, respectivamente; e) manutenção da diferença entre filhos matrimoniais e extramatrimoniais (art. 1.616) destinada não à instituição da desigualdade, mas à promoção da igualdade substancial.¹⁰³ Conforme destaca Eduardo de Oliveira Leite: “*se mais não se fez é porque o ambiente ainda não estava suficientemente maduro para alterações mais radicais e porque, evidentemente, não havia o consenso entre matérias que ainda geram perplexidade, dúvidas e vacilações*”.¹⁰⁴

Em linhas gerais, este é o percurso trilhado pela legislação brasileira no tratamento da família e, especialmente, da filiação. Mais importante do que se perquirir a disciplina específica de cada vicissitude desta ordem de relações, é buscar aferir a racionalidade encampada por cada iniciativa legislativa e decisão judicial. É sobretudo pelo trânsito e confronto de diversas racionalidades, valores e princípios, sociais e jurídicos – apreendidos pelas atividades legislativa e jurisprudencial, nos

compõem a escala biológica que habita e vivifica a face da terra” (In: **Se eu soubesse que ele era meu pai...**, p. 177).

¹⁰² Neste particular, impõe-se resgatar o já registrado dispositivo introduzido pela Lei nº. 12.004/2009 à Lei da Investigação da Paternidade (Lei 8.560): **Art. 2º-A**. Na ação de investigação de paternidade, todos os meios legais, bem como os moralmente legítimos, serão hábeis para provar a verdade dos fatos.

¹⁰³ FACHIN, Luiz Edson. **Paradoxos do Direito da Filiação na Teoria e Prática do Novo Código Civil Brasileiro – Intermittências da vida**, p. 9-10. Pelo cotejo entre o estatuto jurídico da filiação estabelecido pelo Código Civil e a realidade cultural da sociedade brasileira, o autor conclui: “*em verdade, uma lei se faz código no cotidiano concreto da força construtiva dos fatos, à luz de uma interpretação conforme os princípios, ética e valores constitucionais*”, de modo que “*será no porvir que a sociedade brasileira poderá nele ver uma família aberta e plural, até porque não pode haver família plenamente justa numa sociedade escancaradamente injusta*” (In: Idem, p. 8).

¹⁰⁴ LEITE, Eduardo de Oliveira. **Bioética e presunção de paternidade** (Considerações em torno do art. 1.597 do Código Civil), p. 18.

limites de seus respectivos campos de atuação – que serão compreendidas as técnicas de reprodução humana assistida e os vínculos de paternidade e filiação delas decorrentes, à luz do que proclama a metodologia da constitucionalização do direito civil.

2. Reprodução assistida

Simultaneamente ao percurso da evolução da legislação brasileira, registrada no capítulo anterior, a humanidade assistiu desenvolvimento científico das técnicas de reprodução humana assistida, sobretudo a partir da segunda metade do século XX. Desde seu início, o rápido avanço das ciências biológicas no campo da reprodução gerou amplos debates nas mais distintas esferas de pensamento e de comportamento (ética, moral, religiões, psicologia, sociologia), e, obviamente, não passou despercebido pelo fenômeno jurídico.

O presente capítulo tem por finalidade apresentar nuances clínicas e sociológicas da esterilidade, bem como algumas das principais técnicas de reprodução clinicamente assistida, instituídas como uma forma de se contornar¹⁰⁵ a infertilidade e realizar-se o projeto parental – paralelamente a exposição de argumentos favoráveis e contrários a cada técnica, colhidos do campo da medicina, da ética, e até mesmo das religiões – para, então, no próximo capítulo, analisar-se a disciplina jurídica da reprodução assistida no direito estrangeiro e brasileiro, e, por fim, refletir-se sobre uma relevante projeção jurídica que da utilização destas técnicas: a existência, ou não, de um direito fundamental à utilização de técnicas de reprodução assistida, com seus respectivos limites e conformações.

2.1. Esterilidade e desenvolvimento da reprodução assistida

O termo *esterilidade* não deve ser confundido com *infertilidade* ou com *hipofertilidade*. O primeiro destes conceitos é pertinente ao casal, significando a incapacidade de sua reprodução, apesar da manutenção relações sexuais em uma frequência adequada, sem a utilização de métodos contraceptivos, por um período que, em situações normais, seria suficiente ao intento da reprodução – no mínimo um ano, para os padrões da Organização Mundial de Saúde. Este prazo leva em conta as

¹⁰⁵ O emprego do termo é proposital, pois “*nem a inseminação artificial, nem a fecundação “in vitro”, nem a maternidade por substituição, não curam a esterilidade que as motivam. São paliativos, são tratamentos capazes de dar filhos a quem a natureza os negou. Assim como a adoção, tradicionalmente admitida no terreno mais conservador e formal do mundo jurídico*” (LEITE, Eduardo de Oliveira. **Procriações artificiais e o Direito: aspectos médicos, religiosos, psicológicos, éticos e jurídicos**, p. 26).

estatísticas da reprodução humana, que indicam que, pela manutenção de frequente relacionamento sexual, 30% dos casais engravidam no primeiro mês, 12,5% no segundo, 13 no terceiro, e assim sucessivamente, obtendo-se uma taxa média de gravidez que gravita em torno de 86% ao final do primeiro ano.¹⁰⁶

Por sua vez, a *infertilidade* é a incapacidade individual de produzir descendentes, por causas orgânicas ou funcionais, pertinentes à fecundação, ao passo que a *hipofertilidade* masculina, ou “baixa fertilidade”, decorre da ausência de um número mínimo de espermatozóides por mililitro de sêmen – para os padrões da Organização Mundial de Saúde, um mínimo de 10 milhões de espermatozóides por ml garantem uma fertilidade normal.¹⁰⁷

Registra-se que a infertilidade, que pode atingir tanto homens quanto mulheres, atinge uma parcela de 25% a 30% da população mundial. Como causas principais da infertilidade feminina, colocam-se a realização muito tardia do projeto reprodutivo pela busca inicial de estabilização profissional e financeira (lembrando-se que, durante o tempo em que a gravidez é protelada, a mulher permanece sujeita a infecções e outras doenças que poderão inviabilizar uma futura gestação); causas ováricas, tais como a ausência de gônadas, problemas de ovulação, alterações da fase lútea (compreendida após a ovulação, no ciclo menstrual), endometrioses, tendência letal do óvulo; causas tubáricas, como a obstrução; causas uterinas (lesões do endométrio, falta de permeabilidade); causas cervicais (alterações congênitas de tamanho, formato ou posição do colo, miomas, pólipos, cervicites, lesões traumáticas e demais disfunções); causas vaginais, tais como a má-formação congênita e outras; causas psíquicas (inclusive o stress); além de outras causas fisiológicas (obesidade, disfunções glandulares, carências vitamínicas, seqüelas decorrentes de patologias ou do uso de álcool, tabaco, drogas, etc.). A infertilidade masculina ocorre, sobretudo, por disfunções testiculares (alterações congênitas, cromossômicas, ausência de células produtores de esperma, defeitos na espermatogênese); anomalias nas vias excretoras, nas glândulas acessórias (próstata, vesículas seminais), no ato da ejaculação ou na

¹⁰⁶ SILVA, Reinaldo Pereira e. **Introdução ao Biodireito**: investigações político-jurídicas sobre o estatuto da concepção humana, p. 50.

¹⁰⁷ LEITE, Eduardo de Oliveira. Obra citada, p. 30.

inseminação, bem como na estrutura e morfologia dos espermatozóides.¹⁰⁸ Em média, 30% dos casos de esterilidade conjugal decorre de causas masculinas, ao passo que, entre 60 a 70% dos casos, a esterilidade advém da infertilidade feminina.¹⁰⁹

Registros históricos demonstram que se, por um lado, a humanidade constantemente sacralizou e divinizou a reprodução como o meio de manutenção de sua própria existência enquanto espécie – o que está presente em registros históricos e artísticos que remontam à antiguidade¹¹⁰ – por outro, a incapacidade de pessoas e casais na realização deste intento sempre foi uma constante perniciosa e temida nas uniões afetivas. Isto ocorreu, sobretudo, em determinados contextos históricos de algumas culturas, por conta de valores religiosos que operaram uma sorte de funcionalização das uniões erótico-afetivas em torno da reprodução: em primeiro plano, a comunhão entre homem e mulher serviria à perpetuação da espécie; apenas em um segundo plano é que se consideraria a satisfação dos demais interesses existenciais dos sujeitos dessa relação. Por outro lado, a fertilidade é motivo de celebração, sempre atrelada a conceitos de riqueza, fartura e prosperidade, uma espécie de dádiva divina. Em suma, trata-se de “valores que, necessariamente se contrapõem, se excluem, se radicalizam em princípios maniqueístas”, pois enquanto “à fecundidade está vinculada a noção de bem”, atribui-se, “à esterilidade, a noção de mal”.¹¹¹

Em certas culturas, usou-se atribuir à esterilidade um caráter maléfico, tratando-se a questão como se fosse um encargo espiritual, imposto como castigo por desígnios superiores, a ser suportado pela vítima como forma de expiação de certas culpas. Como exemplo, Mary Del Priore registra a presunção, difundida nos séculos XVI e XVII, segundo a qual “as mulheres muito bonitas eram impotentes por um castigo de

¹⁰⁸ MACHADO, Maria Helena. **Reprodução assistida:** aspectos médicos e jurídicos, p. 26-27.

¹⁰⁹ SILVA, Reinaldo Pereira e. Obra citada, p. 51.

¹¹⁰ As primeiras experiências artísticas de que se têm notícia foram pinturas e esculturas de mulheres, que recebiam destaque nas formas de seus órgãos sensuais e reprodutores (ventre, seios, nádegas), bem como, nas transformações ocorridas pela gravidez. Como exemplos, as “Vênus” de Lespurgne, Brassempouy, Savinhano e de Laussel Laussel. (LEITE, Eduardo de Oliveira. Obra citada, p. 17)

¹¹¹ LEITE, Eduardo de Oliveira. Idem, p. 17.

Deus, irado com suas vaidades. E as feias também o eram, num castigo divino, por inveja das bonitas”.¹¹²

Nos povos antigos, especialmente gregos, romanos e hindus, encarava-se a procriação como um meio de perpetuação da imortalidade, o que tornava o casamento um ato obrigatório e dirigido precipuamente à procriação – tradução da funcionalização anteriormente mencionada – ao passo que o celibato era considerado uma “*grande impiedade e desgraça*”.¹¹³

Na antiga Roma, a esterilidade feminina era causa justificadora do repúdio pelo marido, o que relegava a mulher a uma posição de rejeição perante toda a coletividade, tamanha era a valorização da reprodução e o correlato repúdio à infertilidade. Esta situação manteve-se praticamente inalterada no decorrer da Idade Média, não se cogitando, até o Século XV, a esterilidade masculina: a infertilidade conjugal era atribuída exclusivamente à mulher. Isto veio a ser revertido apenas em 1677, quando o cientista John Ham apresentou estudos demonstrando a possibilidade de a esterilidade advir da hipofertilidade masculina (carência, total ou parcial de espermatozóides), o que deu origem ao conceito de esterilidade conjugal, propriamente dito.¹¹⁴

Na história do Brasil, sobretudo no período colonial, a formação de uma grande-família – pelo matrimônio e pela procriação abundante de filhos, especialmente de homens – representava riqueza e prosperidade. Como bem ressalta Mary Del Priore: “*De grandes famílias, dependiam imperativos econômicos, a manutenção de níveis alimentares, a guarda de territórios e a defesa de interesses coletivos. O ‘crescei e multiplicai-vos’ ecoava sistematicamente nas necessidades básicas das populações do passado*”.¹¹⁵

Paralelamente, instituía-se a concepção como dever imanente à mulher casada, o que levou os populares ao desenvolvimento de uma série de fórmulas e rituais destinados à cura da infertilidade e ao incremento da procriação, quantitativa e qualitativamente. Trata-se de métodos – muitas vezes envolvendo o sacrifício de

¹¹² PRIORE, Mary Del. Obra citada, p. 167.

¹¹³ MACHADO, Maria Helena. Obra citada, p. 22.

¹¹⁴ LEITE, Eduardo de Oliveira. Obra citada, p. 18.

¹¹⁵ PRIORE, Mary Del. Obra citada, p. 156.

animais de notória fertilidade (tais como os coelhos e os roedores) e a utilização de substâncias de discutível nocividade à saúde (tais como o banho íntimo com carne de vitela ao leite, açafrão e noz-moscada, defumações com restos de cadáveres humanos e a introdução de “*esterco de raposa*”, “*sebo de vaca*” e de insetos vivos no trato vaginal, “*para que com as mordeduras e movimentos que fazem excitam a faculdade expelente adormecida*”)¹¹⁶ – propostos por médicos e curandeiros populares, e endossados por párocos, sem qualquer respaldo científico, mas com robusto sustento místico e devocional. Vale dizer, “*da conclusão brilhante de que toda mulher poderia ser mãe a medicina concluiu, com enorme funcionalismo, que a mulher não poderia ser outra coisa que mãe*”.¹¹⁷

Nos dias atuais, exceto no que concerne aos métodos, a questão não se projeta de modo tão diverso. O propósito da reprodução é uma constante, ainda que inconsciente, na subjetividade humana, operando como um motor a impulsionar, em diferentes intensidades, a aproximação dos sujeitos em relações afetivas, conformando propósitos da vida individual – estudos, carreira profissional, época do casamento, local de moradia – e, em muitas vezes, alterando e reconformando todo o arranjo da vida dos envolvidos em razão das possíveis, mas frequentemente imprevisíveis, “vicissitudes reprodutivas”, tais como a gravidez inesperada ou o aborto involuntário.

E não há que se imaginar que a reprodução escapa aos planos daqueles que, por uma razão mais óbvia da natureza, não poderiam gerar filhos pelas vias ordinárias: sem embargo, a homossexualidade não obsta o interesse pela filiação. Em casos de uniões sólidas e duradouras, é de se esperar que inclusive se acentuem tais interesses, pois decorrentes advindos do afeto dos companheiros e de seus instintos paternos ou maternos reforçados pela convivência afetiva. Da mesma forma, o interesse pela filiação não se restringe aos envolvidos em uniões afetivas, sendo igualmente

¹¹⁶ PRIORE, Mary Del. Idem, p. 170-172. A propósito, nesta última técnica, a posterior desobstrução da mulher ocorreria “*metendo-lhe na boca ...uma pequena castanha-da-índia, furando-a e atando-a a bem com fio de retrós e deixando estar quatro a seis horas, porque não só provoca bem a conjunção, mas alimpa a madre de todos os maus humores que são quase sempre a causa de mulheres não conceberem*” (Grifou-se) (In: Idem, p.171).

¹¹⁷ PRIORE, Mary Del. Idem, p. 321.

vivenciado por pessoas solteiras e viúvas, algumas das quais plenamente convictas de que não desejam comungar de afeto conjugal com quem quer que seja.

O desejo de ter filhos, quer pelas vias tradicionais, quer pelas técnicas de reprodução assistida ou pela adoção, não escolhe raça, cor ou credo, não depende de idade, classe social, orientação sexual ou nível cultural (e é por esta razão que se acentua a relevância do debate sobre a admissibilidade da adoção e da utilização de técnicas de reprodução assistida por casais homossexuais e por pessoas solteiras ou viúvas). Guardada a devida precaução que reclama o emprego do termo, não é exagero afirmar-se que este interesse faz parte da “natureza humana”.¹¹⁸

Por consequência, a incapacidade de realização deste propósito atinge o âmago do sujeito de modo imprevisível, mas diretamente proporcional à relevância atribuída à fertilidade e à sua efetivação (reprodução) pelo sujeito e, principalmente por aqueles que integram o seu meio de convívio. Conforme constata Eduardo de Oliveira Leite, *“o processo de angústia, pelo fracasso no projeto de paternidade, não é só ditado no ambiente restrito do casal, ou, em projeção mais larga, no ambiente familiar, mas – e aqui entra o componente irônico do problema – continua determinado pelo meio social”*.¹¹⁹

A descoberta da infertilidade assemelha-se a descoberta de uma doença grave: frustração, dor, angústia, sentimentos de fracasso, aliam-se a alguns traumas inspirados em antigas crenças de índole religiosa. Trata-se de um fenômeno que não abala apenas o portador da causa da esterilidade, mas se estende ao casal e aos laços que unem os companheiros, tornando, até mesmo irrelevante, em um primeiro momento, a imputação da responsabilidade ao portador da causa.

Estudos psicológicos demonstram que a intolerância ao diagnóstico da infertilidade conjugal perpassa seis fases sucessivas, a saber: *recusa*; *raiva*, inclusive

¹¹⁸ Neste sentido, afirma Eduardo de Oliveira LEITE: *“Transformar-se em pai ou em mãe, torna o homem e a mulher adultos como seus próprios pais. Não se é mais filho de seu pai, nem filha de sua mãe, mas o pai de seu filho, a mãe de seu filho. Nesse sentido, o nascimento de um filho é uma forma de homens e mulheres abandonarem definitivamente o passado; de afastar-se da situação de filhos. O homem assume o papel de pai e a mulher o de mãe. Situação extraordinariamente nova, inédita e de impossível definição”* (In: Obra citada, p. 24).

¹¹⁹ LEITE, Eduardo de Oliveira. Idem, p. 22.

exercida contra o médico (o que acaba por mascarar a intensidade da angústia e a dor); *isolamento*, gerado por medo, vergonha e receio contra intromissões alheias; investigação *culpa*, busca das causas pela quais o casal foi “punido” com o cerceamento da possibilidade de se reproduzir (surgindo aqui motivos que vão desde o uso de anticoncepcionais, até o sexo fora do casamento e o aborto – revelando-se, mais uma vez, elementos de índole religiosa como suporte justificador de conclusões sobre a reprodução); *obsessão* pelo desejo de engravidar, que leva o casal a empregar todos os seus esforços nesta empreitada (calendários de ovulação, tratamentos médicos, etc.); e, por fim, *angústia* e *depressão* pela impossibilidade de dar a vida ao novo ser, o que, caso não resolvido, pode levar ao agravamento dos estados sentimentais prejudiciais e acabar gerando novos fatores de infertilidade até então inexistentes, entrando o casal em uma espécie de “círculo vicioso”.¹²⁰

Diante deste quadro, a reprodução medicamente assistida, em sua ampla gama de técnicas, surgiu e se desenvolveu como uma forma de contornar, de modos específicos, as várias causas da infertilidade humana. A esta altura, cumpre especificar-se a dimensão do conceito utilizado, para cuja tarefa acolhe-se a proposta de Jussara Meirelles:

“De acordo com os entendimentos médicos, o melhor termo para definir a chamada reprodução assistida é a **interferência**, para deixar claro que não se trata de métodos puramente artificiais, porque mesmo quando as técnicas consistem no manuseio de gametas, elas não deixam de ser naturais, apenas não ocorre o intercuro sexual”.¹²¹
(Grifo no original)

¹²⁰ LEITE, Eduardo de Oliveira. Idem, p. 22.

¹²¹ MEIRELLES, Jussara. **Reprodução assistida e exame de DNA**: implicações jurídicas, p. 24. Acrescenta a autora: “Por outro lado, mesmo nas hipóteses em que a fecundação derive do ato sexual, nem sempre haverá possibilidade de se afirmar que o processo resultou unicamente da natureza. Assim dar-se-á, por exemplo, quando houver administração de medicamentos sob orientação do médico para estimular a ovulação, ou mera orientação sobre o período fértil ideal, detectado através de rastreamento ecográfico. Em tais casos, há a interferência, embora não haja o manuseio dos gametas e a fecundação tenha se efetivado por meio do intercuro sexual (processo denominado natural). Daí porque também entender-se “assistida” a reprodução nesses casos, bem como em todos os outros nos quais tenha havido direta interferência médica” (Grifou-se) (In: Ibidem).

Assim, no presente trabalho, emprega-se o termo *reprodução humana assistida* para designar toda sorte de reprodução humana na qual intervenham profissionais de saúde para viabilizar seu bom termo, por meio de técnicas, métodos e procedimentos, tais como a administração de medicamentos, suplementação hormonal, inseminação artificial, fertilização assistida, transferências de gametas e embriões, clonagem, dentre outros meios, cuja variabilidade permite uma melhor adaptação e solução das diversas hipóteses de infertilidade com melhor eficiência e minimização de riscos e prejuízos.

Acompanhe-se, a seguir, algumas das técnicas que se encontram em maior grau de desenvolvimento, cuja viabilidade há de se avaliar e resolver de acordo com as circunstâncias pessoais dos aspirantes a sua utilização.

2.2. Cessão de material genético

Conforme será posteriormente visto, todas as técnicas de fertilização artificial envolvem alguma forma de cessão de material genético (espermatozóides, óvulos, e inclusive embriões) ou de estrutura física apta a gestação (útero), o que pode ocorrer pelos próprios cônjuges, por parentes e amigos ou, até mesmo, por anônimos.

É, portanto, sob este enfoque que se introduz a análise das técnicas de reprodução assistida, propriamente ditas, pela medida que necessariamente as antecede, qual seja, a cessão de material genético – no Brasil, geralmente realizada sob a forma de doação (a título gratuito, portanto), o que nem sempre se verifica no exterior.

2.2.1. Espermatozóides

Nas principais modalidades de reprodução humana assistida, relatadas neste estudo, em virtude de sua relevância e popularidade – inseminações artificiais homóloga e heteróloga, fertilização *in vitro* e transferência intratubária de gametas – faz-se necessária a coleta e manipulação de sêmen, variando os modos pelos quais isso se opera em cada técnica. Em alguns casos, a implantação ocorre instantaneamente no útero feminino a partir do espermatozóide fresco; em outros casos, manipula-se o sêmen mediante repouso, análise, concentração, isolamento, diluição, congelamento, reaquecimento, conjunção ao óvulo ainda *in vitro* para posterior implante, dentre

outras inúmeras medidas que vem sendo paulatinamente desenvolvidas pela ciência com vistas a seu melhor aproveitamento, em termos quantitativos (fecundação de um maior número de óvulos) e, principalmente, qualitativos (aumento da taxa de fecundação por espermatozóides viáveis, ou seja, morfologicamente aptos a gerar zigotos saudáveis).

Registrou-se, nos Estados Unidos, a prevalência da utilização de esperma fresco mesmo nas inseminações artificiais heterólogas, o que se mostra arriscado por uma série de razões: dispensando-se o estudo do líquido espermático sobre a possível contaminação por doenças ou microorganismos, bem como a análise específica da morfologia dos espermatozóides (sua formação, mobilidade e saúde), diminuem-se as chances de êxito da técnica, na mesma proporção em que se incrementam os riscos de resultados não apenas malsucedidos, mas efetivamente patológicos, tais como a disseminação de infecções e doenças, além de malformação fetal derivada da fecundação de óvulos por espermatozóides imperfeitos. Por outro lado, uma vez que o esperma conserva-se por pouco tempo em estado fresco, far-se-ia necessária a presença simultânea de ambos os envolvidos (doador e receptora) na mesma clínica, o que certamente dificultaria a manutenção do anonimato.

Em outros países, sobretudo na Europa, prevalece a realização das técnicas reprodutivas a partir do congelamento do esperma, o que se mostra inicialmente mais vantajoso pelo fato de *“a célula adormecida pode[r] ser conservada por meses, anos e depois ser reaquecida, permitindo-lhe retomar todas suas potencialidades de desenvolvimento”*.¹²²

A conclusão acerca da retomada integral das potencialidades de desenvolvimento após o descongelamento é, todavia, confrontada pela pesquisa desenvolvida por Steirtegham, cujos resultados pertinentes à sobrevivência dos espermatozóides após o reaquecimento demonstram que, apesar de sua denominada

¹²² LEITE, Eduardo de Oliveira. Obra citada, p. 52. Para justificar esta conclusão, o autor se vale das considerações de J. K. Sherman, que relata: *“nenhuma perda na mobilidade dos espermatozóides humanos foi observada em amostras armazenadas por 3 anos, mas algumas amostras mostraram reduzida mobilidade, quando armazenadas por mais longos períodos (Smith e Steinberger, 1973), A perda posterior pode ser atribuída ao manuseio impróprio e inspeção, especialmente relativos a elevações na temperatura e exposição à luz, desde que a mobilidade tenha sido mantida durante 10 anos de armazenagem – congelamento de 25 ejaculações (Sherman, 1972)”* (In: Ibidem).

“mobilidade residual” continuar sendo o principal parâmetro de aferição do sucesso da crioconservação, há certo número de casos em que amostras de esperma dotadas de suficiente mobilidade residual mostraram-se infecundas. Tal verificação impõe uma relativização ao nexos, estabelecido pela ciência, entre mobilidade e poder fecundante. Assim, para o cientista, *“mobilidade não quer dizer certeza de fecundação”*, de modo que *“a correlação entre a mobilidade após o reaquecimento e o poder fecundante dos espermatozoides não é perfeita”*.¹²³

É por estas razões que se demanda enorme precisão nos processos de congelamento-reaquecimento de gametas, sob pena de sua destruição, ocorrida, via de regra, na etapa do reaquecimento. Por se tratar de célula contendo muita água, sua cristalização pode vir a lhe causar danos estruturais irreversíveis, caso os processos de resfriamento e reaquecimento não sejam realizados da forma adequada.

A experiência francesa revela que, na prática, cada doador comparece seis vezes ao centro de doação de esperma, onde é realizada a sua coleta e análise (espermograma) e posterior congelamento, que consiste em uma retirada inicial de toda a água da célula e sua substituição por um líquido crioprotetor com a propriedade de evitar cristalização pelo resfriamento. Aspira-se, então, o material genético em um capilar vedado por uma rolha, e se rotula o recipiente apenas por um código, armazenando-se a identificação do doador em banco de dados sob responsabilidade da instituição clínica. Em seguida, o capilar é inserido em uma câmara computadorizada de congelamento, onde é resfriado a uma temperatura de aproximados -160° C (cento e sessenta graus negativos), o que leva cerca de duas horas para ocorrer. Por fim, uma vez resfriados, os recipientes são mergulhados em um recipiente maior, contendo azoto (nitrogênio) líquido, onde permanecerão depositados até que se promova o futuro reaquecimento.¹²⁴

Como importante medida preventiva, igualmente destinada à majoração das chances de sucesso da técnica, impõe-se a seleção dos doadores e das amostras de sêmen a ser utilizadas. Por ocasião do cadastro do doador, realiza-se uma entrevista

¹²³ LEITE, Eduardo de Oliveira. Idem, p. 55.

¹²⁴ LEITE, Eduardo de Oliveira. Idem, p. 54. A propósito, o Nitrogênio mantém-se em estado líquido apenas se conservado a temperaturas entre -210°C e -196°C.

prévia com um geneticista, o que é completada pela elaboração de um cariógrama (imagem) ou idiograma (esquema) – representações gráficas e ordenadas do cariótipo, ou conjunto de cromossomos – além de um exame serológico, para a verificação de algumas patologias infecciosas. Após realizada a coleta, ainda, submetem-se algumas amostras do sêmen a testes prévios de intolerância ao resfriamento e reaquecimento, para que só então se realize o congelamento das porções a serem efetivamente armazenadas. Esta prática demonstra que, na França, 40% dos doadores são recusados por intolerância à manipulação térmica, especialmente ao descongelamento.¹²⁵

Apesar de todos os esforços, é forçoso concluir que:

“A crioconservação fragiliza os espermatozóides, tornando assim a lavagem e a seleção dos gametas mais delicada. As gravidezes são obtidas menos rapidamente com esperma congelado do que com esperma fresco. **São dados que ainda estão a exigir melhores respostas da ciência médica e que, por outro lado, comprovam que, se muito já foi conquistado, resta muito a descobrir e aperfeiçoar**”.¹²⁶ (Grifou-se)

O desenvolvimento da ciência médica-reprodutiva contemporânea dirige-se ao aperfeiçoamento da tecnologia e dos procedimentos de reprodução assistida, voltado à ampliação do êxito do emprego das técnicas, em todas as suas fases (tal como o reaquecimento de esperma, exemplo de obstáculo à eficácia da inseminação artificial), e a correlata diminuição de riscos (infecções, abortos, malformações fetais, perda de material genético ou de embriões, dentre outros possíveis prejuízos, de ordem material e existencial). Apesar do grande avanço, ainda muito há que se fazer.

2.2.2. Óvulos

A doação dos óvulos envolve procedimento muito mais complexo do que o utilizado na doação de gametas masculinos, especialmente nas fases de coleta (que pressupõe indução e monitoramento) e preservação (diante dos riscos oferecidos pela criopreservação).

¹²⁵ LEITE, Eduardo de Oliveira. Idem, p. 53-54.

¹²⁶ LEITE, Eduardo de Oliveira. Idem, p. 56.

A indução da ovulação se opera pela administração de medicamentos e hormônios, pelos quais se estimula o ovário a produzir, em cada ciclo, mais de um folículo (contendo um óvulo cada), o que viabiliza a coleta de um número maior de óvulos por tentativa. Trata-se de uma técnica delicada, com sérios riscos à saúde da mulher, podendo até causar a morte por colapsos cardiovasculares.

A coleta dos óvulos é realizada mediante punção, que inicialmente ocorria por laparotomia (cirurgia de abertura abdominal) ou por laparoscopia (exame da cavidade peritoneal realizado por endoscopia sob anestesia geral). As frequentes complicações decorrentes da anestesia geral levaram os médicos a realizar o procedimento através de punção transvaginal com controle ecográfico, em que uma agulha de aspiração é introduzida pelo abdômen e atravessa a bexiga, o fundo da vagina ou a uretra, com o objetivo de aspirar certa quantidade do líquido folicular, o que é realizado com leve anestesia, que pode ser geral ou apenas local.¹²⁷ Após a aspiração, o líquido folicular é submetido à análise com vistas à localização dos óvulos, que, quando encontrados, são classificados quanto ao seu grau de maturidade¹²⁸ e passam por uma lavagem (realizada em 1 ml de incubação), e por um posterior período de descanso (4 a 5 horas), para sua maturação.

O óvulo deve ser coletado em grau de maturidade adequado à fertilização, o que demanda minucioso exame do ciclo ovulatório da doadora, com o objetivo de se obter o gameta no período mais propício de seu desenvolvimento. Ademais, caso não se opte pelo congelamento, a fertilização *in vitro* e implantação do embrião no útero da doadora devem ocorrer imediatamente após a coleta (atendidos os procedimentos próprios a cada etapa da FIVETE), o que também demanda a existência de espermatozoides previamente preparado para imediata utilização. Há, neste percurso, uma série de implicações, sobretudo no que se refere à manutenção do anonimato entre as partes

¹²⁷ “Esta via possibilita que o procedimento dispense o porte cirúrgico e anestésico da laparoscopia, além de evitar a exposição do oócito às altas concentrações de CO₂. Outra vantagem reside no maior índice de recuperação dos óvulos, que resulta da possibilidade de puncionar todos os folículos, mesmo aqueles de localização intra-ovariana, que seriam inacessíveis à visão laparoscópica”. (SCARPARO, Monica Sartori. **Fertilização assistida**: Questão Aberta: Aspectos científicos e legais, p. 11).

¹²⁸ “A classificação visa a separá-los em dois grupos, os maduros (pré-ovulatórios e intermediários) e os imaturos (prófase I)”. (SCARPARO, Mônica Sartori. *Ibidem*).

envolvidas, já que, não raro, faz-se necessária a presença simultânea da doadora e receptora na mesma clínica.

Tais problemas, conforme anunciava Eduardo Leite, em 1995, “*ficariam consideravelmente reduzidos se fosse possível conservar os óvulos congelados*”.¹²⁹ Ocorre, contudo, que os gametas femininos são muito mais frágeis em relação aos masculinos, porquanto não se recomenda a sua crioconservação. Os procedimentos de resfriamento e posterior descongelamento podem acarretar dispersão cromossômica, tornando-os inaptos a fertilização ou, caso vencido este estágio, ao pleno desenvolvimento do embrião.

Não obstante, desenvolveram-se, nos Estados Unidos e no Reino Unido, pesquisas envolvendo a fertilização de óvulos crioconservados, o que levou as autoridades britânicas ao levantamento do embargo jurídico que, até então, obstava o emprego de óvulos congelados na reprodução humana assistida. Os primeiros registros de reprodução humana realizada por fertilização *in vitro* a partir de gametas (espermatozoides e óvulo) crioconservados indicam que a primeira gestação ocorreu em 1996 (sem sucesso, contudo), ao passo que o primeiro parto bem sucedido (de gêmeos, aliás) ocorreu no primeiro semestre de 2000, em Cingapura.¹³⁰ A partir daí, várias clínicas e institutos de pesquisa vêm se dedicando ao aperfeiçoamento da técnica de congelamento de óvulos.

As novas perspectivas envolvendo congelamento de gametas sugerem que, no futuro, as mulheres que submeterão a procedimentos clínicos de risco para a fertilidade (tal como radioterapias e quimioterapias), poderão realizar uma prévia extração de óvulos, que serão mantidos sob crioconservação com vistas a uma futura fertilização, caso desejado.

¹²⁹ LEITE, Eduardo de Oliveira. Obra citada, p. 175.

¹³⁰ SILVA, Reinaldo Pereira e. Obra citada, p. 63-64.

2.2.3. Embriões

A prática das reproduções clinicamente assistidas, sobretudo aquelas realizadas por técnicas de fertilização *in vitro*, demonstrou que ainda se está muito longe de um patamar ideal de aproveitamento dos embriões gerados nestas experiências. A partir de dados que demonstram a porcentagem média de eficácia estimada para cada técnica, é usual que se realize a fertilização de vários óvulos, gerando-se, por consequência, uma pluralidade de embriões em cada experiência.

Pelo cômputo da probabilidade de sucesso da implantação e desenvolvimento, aliada as chances de ocorrência de gravidez múltipla, geralmente realiza-se, em cada tentativa, a implantação de três a quatro embriões na receptora,¹³¹ futura gestante, que pode ser a doadora do óvulo ou terceira, nos casos de maternidade de substituição. Embora a práxis demonstre a ocorrência desta lamentável intervenção, a redução embrionária¹³² – retirada de embriões do útero materno, geralmente através operada de aspiração transcervical, aspiração/destruição transvaginal e injeção transabdominal de cloreto de potássio, nos casos em que se constate o desenvolvimento gestacional de mais de um dentre os zigotos implantados (gestação múltipla, originária de gêmeos bivitelinos, observada com maior frequência nas gestações oriundas da fertilização

¹³¹ “Pelo exposto, fica evidenciada a incapacidade técnica da medicina reprodutiva fazer, hoje, um só bebê (de proveta) saudável, a cada vez – benefício desejado e esperado pelos que se engajam na reprodução assistida. De fato, esta desemboca, com elevada frequência, em fracasso, gestações múltiplas, problemas de saúde ou, ainda, na produção de embriões excedentes, geradores de novas demandas altamente problemáticas”. (CORRÊA, Marilena Cordeiro Dias Villela. **Ética e reprodução assistida**: a medicalização do desejo de filhos, p. 77).

No Brasil, a Resolução CFM nº 1.358/92 estabelecia, em seu capítulo I (Princípios gerais), que:

“6 - O número ideal de oócitos e pré-embriões a serem transferidos para a receptora não deve ser superior a quatro, com o intuito de não aumentar os riscos já existentes de multiparidade”.

Pelo implemento da Resolução nº 1.957/2010, que revogou a anterior, foi mantido o limite máximo de quatro embriões, mas foram estabelecidas restrições etárias, a saber:

“**Art. I, inc. 6º.** (...)Em relação ao número de embriões a serem transferidos, são feitas as seguintes determinações:

- a) mulheres com até 35 anos: até dois embriões;
- b) mulheres entre 36 e 39 anos: até três embriões;
- c) mulheres com 40 anos ou mais: até quatro embriões”.

¹³² “A expressão *redução embrionária* é utilizada em termos genéricos, uma vez que, geralmente realizada no primeiro trimestre de gestação, sua intervenção pode já haver alcançado o período fetal”. (SILVA, Reinaldo Pereira e. Obra citada, p. 306).

artificial, quando comparadas à reprodução normal) – é expressamente vedada no Brasil, pelo Conselho Federal de Medicina.¹³³

Aqueles óvulos que, devidamente fecundados, não tenham sido implantados no útero materno, denominam-se embriões excedentários e recebem diversas destinações, tais como o congelamento e armazenamento – custeado pelos pais – em instituições próprias, com vistas à futura e eventual geração de novos filhos a partir do mesmo material genético; o descarte, a doação a terceiros;¹³⁴ destinados a pesquisas com células-tronco – desde que atestada sua inviabilidade, associada ao consentimento dos genitores – sendo, no Brasil, vedada sua comercialização para qualquer finalidade.¹³⁵

O congelamento dos embriões realiza-se por crioconservação, de modo semelhante àquele utilizado para congelamento de gametas. Contudo, alguns cuidados especiais devem ser observados na manipulação dos embriões, sobretudo quanto às propriedades biológicas (relação superfície e volume própria a cada espécie), químicas (salinidade do crioprotetor e composição de eventuais macromoléculas adicionadas ao material, tais como soro fetal e albumina) e físicas (temperatura, diluição, velocidade do resfriamento e reaquecimento, temperatura e dimensão dos capilares).¹³⁶ Após o descongelamento, sua viabilidade é apurada pela capacidade do embrião de conservar intacta a metade de seus blastômeros, pois caso isso não ocorra, é mínima a

¹³³ A Resolução CFM nº 1.957/2010 estabelece que “*Em caso de gravidez múltipla, decorrente do uso de técnicas de RA, é proibida a utilização de procedimentos que visem a redução embrionária*”. (Art. I, inc. 7º).

¹³⁴ Conforme relata Eduardo de Oliveira Leite, “*dos embriões congelados – ao menos é o que ocorre na França – 8% não são reclamados pelos seus pais, 6% dentre eles optam pela destruição dos embriões excedentes, enquanto 2% gostariam de doar os embriões a outro casal estéril*” (In: Obra citada, p. 63)

¹³⁵ Recentemente, o Supremo Tribunal Federal encerrou a emblemática discussão travada em ação direta de inconstitucionalidade (ADI nº. 3510, ajuizada pelo então Procurador Geral da República, Cláudio Fonteles), afirmando a constitucionalidade do artigo 5º da Lei 11.105 (Lei de Biossegurança), que assim dispõe: “Art. 5º. É permitida, para fins de pesquisa e terapia, a utilização de células-tronco embrionárias obtidas de embriões humanos produzidos por fertilização in vitro e não utilizados no respectivo procedimento, atendidas as seguintes condições: I – sejam embriões inviáveis; ou II – sejam embriões congelados há 3 (três) anos ou mais, na data da publicação desta Lei, ou que, já congelados na data da publicação desta Lei, depois de completarem 3 (três) anos, contados a partir da data de congelamento. § 1º Em qualquer caso, é necessário o consentimento dos genitores”.

¹³⁶ LEITE, Eduardo de Oliveira. Idem, p. 65.

probabilidade de sucesso seu desenvolvimento. Com efeito, “*basta, no entanto, meio embrião intacto para que o desenvolvimento prossiga normalmente*”.¹³⁷

A crioconservação embrionária ainda é uma alternativa de risco, pois, tal como ocorre na manipulação do sêmen, aqui também se verifica, em variável porcentagem de casos, a perda da viabilidade do embrião no decorrer dos procedimentos de resfriamento e reaquecimento. Embora os últimos anos tenham demonstrado um incremento no sucesso do congelamento, em termos de viabilidade, não se está diante de uma situação ideal de aproveitamento de embriões congelados.

2.3. Técnicas de Reprodução Assistida

2.3.1. Inseminação artificial (IA)

Registros indicam as primeiras tentativas de inseminação artificial foram realizadas em plantas, ainda à época das civilizações babilônicas, e, posteriormente, já no Século XIV, em animais (peixes, bicho-da-seda e cavalos, inclusive para fins militares). A primeira experiência registrada com humanos ocorreu no Século XV, realizada por um médico chamado Arnaud de Villeneuve em favor de Henrique IV de Castela (“*O impotente*”) e sua esposa,¹³⁸ o que veio a se repetir apenas no século XVIII.¹³⁹

Esta técnica consiste na introdução de sêmen diretamente no canal reprodutivo feminino (variando-se a localidade exata, que pode ser a vagina, o interior do colo uterino, o redor do colo, o interior do útero ou o interior do abdômen), simulando-se a ejaculação interna, que ocorreria em uma relação sexual. Não se trata, contudo, de um procedimento tão simples quanto possa aparentar.

Até poucos anos atrás, nos Estados Unidos, boa parte das inseminações artificiais ainda ocorre à “moda antiga”: no consultório do ginecologista, o esperma

¹³⁷ LEITE, Eduardo de Oliveira. Idem, p. 56.

¹³⁸ FERNANDES, Tycho Brahe. Apud.: HATEM, Daniela Soares. **Questionamentos jurídicos diante das novas técnicas de reprodução assistida**, p. 190.

¹³⁹ LEITE, Eduardo de Oliveira. Obra citada, p. 31.

fresco é colhido do doador e imediatamente introduzido na mulher.¹⁴⁰ Trata-se da inseminação intraperitoneal direta (também conhecida por DIPI, abreviatura de “*direct intraperitoneal insemination*”), realizada pela “*colocação de espermatozóides, previamente preparados, diretamente na cavidade peritoneal, por meio da punção do fundo-do-saco vaginal*”, procedimento que, apesar de simples e pouco custoso, não resolve a questão da possível produção de anticorpos pelo organismo feminino em razão da introdução do sêmen.¹⁴¹

Este é mais rudimentar dos modos de execução da inseminação artificial: em outros países, desenvolveram-se técnicas muito mais avançadas de inseminação, envolvendo congelamento e criopreservação de gametas.

Nestas últimas, a coleta do sêmen é feita em laboratório, através de masturbação e ejaculação em recipiente plástico esterilizado. O material, que se liquefaz dentro de aproximadamente trinta minutos, é submetido a análise microscópica com o auxílio de corantes, a qual consiste em contagem do número de espermatozóides por milímetro cúbico de sêmen, na verificação de sua mobilidade (porcentagem de espermatozóides móveis) e motilidade (velocidade de seu deslocamento). Após este procedimento, o material é diluído em uma solução crioprotetora (destinada à proteção de microrganismos),¹⁴² constituída, basicamente, por uma mistura de glicerol, frutose,

¹⁴⁰ LEITE, Eduardo de Oliveira. Idem, p. 37.

¹⁴¹ MEIRELLES, Jussara. Obra citada, p. 23.

¹⁴² “**Criopreservação do sêmen: Congelamento vertical.** O congelamento do sêmen é uma técnica antiga sendo um dos maiores avanços nessa área a descoberta das propriedades crioprotetoras do glicerol. Ao passar dos anos, várias modificações foram descritas com a finalidade de aumentar a taxa de recuperação do esperma criopreservado. Em 1963, introduziu-se o nitrogênio líquido para o processo de estocagem. Atualmente, tornou-se obrigatório o emprego de sêmen congelado (uso após 6 meses de congelamento desde que o doador apresente novo teste negativo para SIDA) nos programas de inseminação com esperma de doador, pela possibilidade da existência no esperma do vírus da síndrome de imunodeficiência adquirida (SIDA). O congelamento do sêmen necessita do preparo de 3 soluções crioprotetoras com variações na concentração dos seus componentes químicos (Lucena, 1990). As principais substâncias que participam na sua constituição são as seguintes : gema do ovo 50% e nutrientes”. (CENTRO DE REPRODUÇÃO HUMANA PROF. FRANCO JUNIOR. **Criopreservação de embriões e gametas.** Disponível em < <http://www.crh.com.br/crh.asp?pasta=33&livro=1&txt=9>>. Acesso em 09/03/2010).

Maiores informações sobre as técnicas de criopreservação de gametas e embriões podem ser obtidas em: RED LATINOAMERICANA DE REPRODUCCIÓN ASISTIDA. **Manual de Procedimentos. Laboratório de Reprodução Assistida.** Disponível em <<http://www.redlara.com/publicacoes.asp>> Acesso em 09/03/2010.

antibióticos e gema de ovo. A solução é dividida em porções de 0,25ml, adicionadas a finíssimos capilares que, após identificados, são congelados em uma solução de azoto líquido a -196° (cento e noventa e seis graus célsius negativos), o que permite sua conservação, por décadas.¹⁴³

Rapidamente reaquecido, o espermatozoide é introduzido na mulher, o que pode ocorrer de diferentes modos, cuja descrição adjetiva a técnica propriamente dita:

- “a) (IA) Inseminação artificial intrauterina – os espermatozoides são depositados diretamente na cavidade uterina.
- b) (IA) Inseminação artificial intravaginal – é injetado o espermatozoide fresco no fundo da vagina através de uma seringa plástica.
- c) (IA) Inseminação artificial intracervical – se constitui no depósito de pequena quantidade de espermatozoide contido em um capilar, no interior do colo do útero. O capilar é retirado do azoto líquido um pouco antes da inseminação e reaquecido rapidamente. O restante do espermatozoide é aplicado através de um “tampão cervical” que é retirado posteriormente.
- d) (IIP) Inseminação artificial intraperitoneal – os espermatozoides são introduzidos diretamente no líquido intraperitoneal através de uma injeção aplicada na cavidade abdominal para que as próprias trompas captem os espermatozoides, fazendo-os seguirem um caminho inverso ao natural, chegando às Trompas de Falópio diretamente”.¹⁴⁴

Denomina-se homóloga a inseminação artificial realizada em mulher casada a partir do sêmen de seu próprio marido, ou de seu companheiro, em caso de união estável.¹⁴⁵ À inseminação realizada por mulher solteira, ou por mulher casada que se

¹⁴³ LEITE, Eduardo de Oliveira. Obra citada, p. 37.

¹⁴⁴ MACHADO, Maria Helena. Obra citada, p. 36-37.

¹⁴⁵ A extensão do acesso às técnicas para os companheiros vivendo em união estável encontra respaldo em nossa ordem constitucional (art. 226, §3º), o que implica em vedação ao trato discriminatório destas em relação aos casais fundados em matrimônio.

Tal conclusão é corroborada pelo Comitê Britânico de Reprodução Assistida: “2.6. *Em se discutindo o tratamento para a infertilidade, este relatório utiliza o termo casal (“couple”) para significar o casal heterossexual vivendo junto em um relacionamento estável, sejam casados os não. Utilizamos as palavras marido (“husband”) e mulher (“wife”) para denotar um relacionamento, não um status legal (exceto onde o contexto torna necessária a diferenciação, por exemplo, em relação à legitimidade)*”. (WARNOCK, Mary (Pres.). **Report of the Committee of Inquiry into Human Fertilisation and Embryology**, p. 10) (Tradução livre do autor).

vale de sêmen doado por terceiro, atribui-se a denominação heteróloga, ou “*hétero-inseminação*”.¹⁴⁶ Há, ainda, registro, do qual se tem pouca notícia, na prática, de uma terceira forma de inseminação, determinada “bisseminal”, na qual o sêmen do marido é misturado ao sêmen do doador anônimo, procedimento indicado nos casos de hipofertilidade.¹⁴⁷ Nesta última hipótese, somente um posterior exame de DNA seria suficiente a aferir a proveniência do espermatozóide que efetivamente penetrou e fecundou o óvulo, transmitindo ao descendente as características genéticas de seu genitor biológico.

A inseminação artificial homóloga é indicada nos casos de incompatibilidade ou hostilidade entre o muco cervical e o espermatozóide masculino, *oligospermia* (insuficiência numérica de espermatozóides por mililitro de sêmen), *retroejaculação* (retenção de espermatozóides quando da passagem do sêmen pela bexiga), dentre outros fatores que dificultam ou impedem a fertilização do óvulo saudável pelas vias reprodutivas ordinárias.¹⁴⁸ Uma prática recorrente em procedimentos clínicos que possam vir a acarretar a futura infertilidade do paciente – tais como quimioterapias, radioterapias, cirurgias nos órgãos genitais, dentre outras – é a prévia coleta e congelamento do seu material genético, como forma de se resguardar a possibilidade de uma futura reprodução, caso sobrevenha a esterilidade.

Na modalidade heteróloga, a medida se apresenta como recurso à já citada *oligospermia* (caso não haja quantidade suficiente sequer para a inseminação homóloga), *azoospermia grave* (ausência completa de espermatozóides), doenças

Apesar da ressalva metodológica dos pesquisadores participantes do Comitê, quanto à restrição da aplicabilidade do Relatório apenas ao Reino Unido – posto que envolvidos padrões éticos e morais propriamente britânicos, variáveis entre culturas diversas (Idem, p. 06) – muitas das suas compreensões e recomendações são pertinentes ao contexto científico brasileiro, devendo ser consideradas para enriquecer nosso debate, ainda que sob a forma de exemplos de experiências estrangeiras desenvolvidas anteriormente às nossas.

¹⁴⁶ LEITE, Eduardo de Oliveira. Obra citada, p. 32. No caso da mulher solteira, há entendimento diverso, no sentido de que “*se a mulher não é casada, ou não possui um companheiro, não há que se falar em inseminação artificial homóloga ou heteróloga, mas, simplesmente, em inseminação artificial em sua acepção ampla*”. (HATEM, Daniela Soares. Obra citada. p. 197)

¹⁴⁷ FERNANDES, Sílvia da Cunha. **As técnicas de reprodução humana assistida e a necessidade de sua regulamentação jurídica**, p. 30-31.

¹⁴⁸ MEIRELLES, Jussara Maria Leal de. Obra citada, p. 20.

hereditárias transmissíveis pelo marido, ou incompatibilidades sanguíneas entre o casal, que possam acarretar em complicações à gravidez ou ao feto. Por esta razão, o sêmen do doador é submetido a exames clínicos destinados ao diagnóstico de doenças transmissíveis (AIDS, por exemplo). Recomenda-se, ainda, que, para realizar a inseminação, os médicos selecionem, dentre as amostras genéticas armazenadas na clínica, aquelas pertencentes ao doador integrante de grupo sanguíneo semelhante ao da mulher ou do seu marido,¹⁴⁹ que guarde semelhanças fenotípicas (estatura, cor da pele e dos olhos) e inclusive antropológicas com o casal solicitante. Como todo e qualquer procedimento clínico de relativa complexidade, ambas as modalidades de inseminação artificial representam riscos à saúde da gestante – tais como contaminação por germes, reação anafilática ou criação de anticorpos ao material genético introduzido, favorecimento de desenvolvimento folicular múltiplo (“síndrome de hiperestimulação ovariana”, que pode culminar em trombozes e falência renal), gravidez múltipla ou ectópica – e, ainda, ocasionar o aborto, de frequente ocorrência (20% dos casos).¹⁵⁰

2.3.2. Fertilização *in vitro* (FIVETE)

Os primeiros registros de sua experimentação remontam a 1878, ocasião em que Chenk tentou, sem sucesso, fertilizar óvulos de animais no âmbito externo ao corpo, o que foi repetido, também sem sucesso, por Heape, em 1890. Em 1944, a primeira fertilização *in vitro* a partir de gametas humanos foi realizada por Rock e Menkin, obtendo-se apenas quatro embriões a partir da imersão de mais de cem óvulos humanos solução de espermatozóides. Apenas em 1969, obtiveram-se embriões humanos viáveis, fecundados *in vitro*. Registra-se o período pós-1978 como o início da “maturidade” desta técnica, ampliando-se a sua escala de sucesso, o que se propagou a

¹⁴⁹ MEIRELLES, Jussara Maria Leal de. Idem, p. 20.

¹⁵⁰ SILVA, Reinaldo Pereira e. Obra citada, p. 57.

diversos países, inclusive ao Brasil, que registrou o primeiro nascimento de uma criança fertilizada *in vitro* em 1984.¹⁵¹

Também denominado “FIVETE” – abreviatura de “*In vitro fertilization (IVF) and embryo transfer (ET)*” – este método implica em uma reprodução artificial do ambiente natural das Trompas de Falópio, local onde ocorre a fertilização dos gametas e as primeiras clivagens celulares, até que o embrião seja transferido para o útero, onde será gestado. A mesma classificação atribuída à inseminação artificial – homóloga e heteróloga – estende-se à fertilização *in vitro*, que pode ser realizada a partir de material genético dos próprios cônjuges, ou de terceiro(s).

A técnica foi inicialmente prescrita para mulheres com obstrução irreversível ou ausência tubária bilateral, casos em que se trata de indicação absoluta. Sua aplicação pode, ainda, ser estendida a outras hipóteses (indicação relativa), tais como o insucesso de procedimento cirúrgico tubário, a esterilidade sem causa aparente (idiopática) ou imunológica, oligozoospermia (ausência de um número suficiente de espermatozóides)¹⁵² e outras causas de infertilidade masculina. Para estas últimas, existem outros procedimentos igualmente recomendáveis, e inclusive menos dispendiosos, tais como a inseminação artificial, homóloga ou heteróloga (a depender da espécie de infertilidade de que sofra o marido).

O procedimento da fertilização artificial depende de prévia coleta e preparação dos gametas masculino e feminino, com o devido descongelamento, se for o caso. Obtidos os espermatozóides mais aptos, após realizado o procedimento de coleta e lavagem dos óvulos, passa-se à fertilização propriamente dita: em cada tubo de ensaio é posto um óvulo preparado e maturado (pré-incubado), ao qual é adicionado a suspensão contendo esperma (“*cerca de 60.000 a 150.000 espermatozóides, móveis e normais*”)¹⁵³. Devido ao local em que ocorre a fecundação, perpetrou-se a

¹⁵¹ LEITE, Eduardo de Oliveira. Obra citada, p. 41. Referindo-se a obra do cientista responsável pelo procedimento, relata este autor: “*Em 7 de outubro de 1984, Nakamura e colaboradores conseguiram o primeiro caso de sucesso, com o nascimento de Ana Paula, na sua 23ª tentativa, realizada no laboratório de FIV do Hospital Santa Catarina, em São Paulo. O parto foi cesáreo, às 21:00 horas, com recém nascido vivo, pesando 3.350g., 0,5cms., Apgar 9-19*” (Grifou-se). (In: Idem, p. 43).

¹⁵² LEITE, Eduardo de Oliveira. Idem, p. 41.

¹⁵³ FERNANDES, Silvia da Cunha. Obra citada, p. 33.

denominação “bebê de proveta” aos filhos assim gerados – sem qualquer ressalva à imediata e necessária implantação em um ventre materno – que, ao interlocutor menos advertido, pode significar a possibilidade de se criar (fecundar-se, gestar-se e fazer nascer) alguém no interior de um tubo de ensaio.

Após um período de descanso na incubadora – 12 a 16 horas, a uma temperatura de 37° C – realiza-se uma análise microscópica dos óvulos, para averiguar-se o sucesso da fecundação: em caso negativo, devolve-se o óvulo a uma solução contendo número maior de espermatozóides para novamente se tentar a fecundação; em caso positivo (verificável pela existência de dois núcleos visíveis – masculino e feminino – na sua região central) insere-se o ovo em um meio de cultura adequado a propiciar as primeiras divisões celulares, o qual é preservado em estufa com temperatura adequada, tudo com vistas à reprodução do ambiente mais semelhante quanto possível ao ventre materno.

Outro possível recurso, recentemente desenvolvido, é a denominada Injeção Intracitoplasmática de Espermatozóides (ICSI), indicada para casos de defeito nos espermatozóides que os impeçam de fertilizar naturalmente o óvulo, mesmo *in vitro*. Em vez de se misturar as soluções contendo o esperma e os óvulos, realiza-se uma injeção do gameta masculino diretamente no núcleo do óvulo (já imerso em sua cultura *in vitro*), por meio de uma agulha com um décimo do diâmetro de um fio de cabelo.¹⁵⁴

Em ambas as hipóteses, decorridos dois dias da inseminação, os embriões – de formato esférico e com tamanho aproximado de 0,2mm de diâmetro – passam pelas primeiras divisões celulares, já apresentando dois ou quatro blastômeros (células). Neste momento, o embrião é transferido ao útero, seja por cateter especial (nos casos normais), seja por cateter rígido ou, excepcionalmente, mediante pequena cirurgia, indicada para os casos de malformação uterina.¹⁵⁵ No início da gestação, a paciente

¹⁵⁴ QUEIROZ, Juliane Fernandes. Obra citada, p. 75-76.

¹⁵⁵ LEITE, Eduardo de Oliveira. Obra citada, p. 41-47.

deve receber tratamento de suporte com progesterona, destinado a assegurar o ambiente fisiológico apropriado ao desenvolvimento do embrião em seu ventre.¹⁵⁶

Existem, ainda, outros recursos clínicos aplicáveis à FIVETE com vistas a solucionar a questão da oligospermia (ausência de um número suficiente de espermatozóides por mililitro de sêmen) ou malformações nos gametas, merecendo destaque a *Inseminação Direta Intrafolicular* e a *Abertura Parcial da Zona Pelúcida*.

A primeira, também denominada **DIFI** (abreviatura de “*Direct Intrafollicular Insemination*”), foi desenvolvida pelo colombiano Elkin Lucena e apresentada no Congresso Brasileiro de Obstetrícia e Ginecologia, realizado em Brasília no ano de 1991. A medida é indicada para os casos de baixa qualidade espermática e consiste na injeção de espermatozóides selecionados diretamente no interior dos folículos do ovário, o que os coloca em contato com os óvulos em momento anterior à eclosão de sua maturidade. O encontro ocorre ainda no ovário, antes do gameta feminino deslocar-se para a trompa de Falópio, onde normalmente ocorreria a fecundação. Suas vantagens são o baixo custo e a viabilidade técnica, caracterizada pela rapidez procedimental (são necessários menos de cinco minutos) e pela dispensa de anestesia.¹⁵⁷

A segunda, denominada de **PZD** (abreviatura de “*Partial Zone Dissection*”), consiste na perfuração da zona pelúcida que recobre o óvulo, para facilitar o acesso do espermatozóide ao seu interior, o ovócito. Em laboratório, é induzida a criação um espaço entre a zona pelúcida e o óvulo – preservando-o intacto durante a perfuração da primeira – e, em seguida, os ovócitos são postos em contato com solução contendo sêmen. A desvantagem deste procedimento é a possibilidade da ocorrência de fecundação anormal pela entrada de mais de um espermatozóide no mesmo óvulo.¹⁵⁸

¹⁵⁶ SCARPARO, Mônica Sartori. Obra citada, p. 12. Maiores detalhes do procedimento podem ser obtidos em: SILVA, Reinaldo Pereira e. Obra citada, p. 67-70.

¹⁵⁷ MACHADO, Maria Helena. Obra citada, p. 49.

¹⁵⁸ MACHADO, Maria Helena. Idem, p. 49.

O sucesso da inseminação artificial e da fertilização *in vitro* está diretamente relacionado papel do laboratório,¹⁵⁹ à idade da paciente,¹⁶⁰ ao procedimento utilizado, bem como, ao número de embriões fecundados e implantados no útero materno. A comunidade científica recomenda a transferência de três a quatro embriões ao útero materno, diretiva seguida pelo Conselho Federal de Medicina Brasileiro, que limites distintos para implante, em acordo com critérios etários da receptora (art. I, inc. 6º da Resolução 1.957/2010). Verifica-se que a implantação de um número superior pode levar, com mais facilidade, à ocorrência de gestações múltiplas (multifetais) que, com frequência, oferecem maiores riscos de aborto involuntário, antecipação do parto e comprometimento da saúde do feto e do recém-nascido.¹⁶¹ Mesmo diante da gestação múltipla, o Conselho Federal de Medicina brasileiro não permite o emprego de

¹⁵⁹ “O laboratório de fertilização exerce papel fundamental no processo de fertilização *in vitro*. Analizando 382 ciclos de FIVETE, sob o aspecto de dados laboratoriais, verificamos que o melhor momento para se fazer a administração do HCG foi quando havia pelo menos 3 folículos > 18 mm de diâmetro e os melhores resultados de gravidez foram obtidos quando havia mais de 3 oócitos maduros na aspiração. Verificamos também que as maiores taxas de gravidez foram obtidas quando se transferiram de 4 a 6 embriões por paciente. Mesmo com a transferência deste número de embriões, não houve um aumento na taxa de gestações múltiplas (19,36 por cento) Os resultados gerais mostraram 108 β HCG (+) (28,3 por cento), 82 gestações em curso (21,46 por cento) e 19 abortamentos (17,59 por cento). Dessas gestações, 16 foram múltiplas (19,36 por cento) sendo 10 casos de duplos (12,1 por cento), 4 casos de trigêmeos (4,84 por cento), 1 caso de quadrigêmeos (1,21 por cento) e 1 caso de quíntuplos (1,21 por cento). Até a data de 16.01.91, nasceram 25 fetos de termo, sem anormalidade. Concluimos que o laboratório de gametas também pode ser utilizado na verificação do controle de qualidade do próprio laboratório, da eficácia da estimulação da ovulação e do momento melhor para captura ovular (AU)” (in: ABDELMASSIH, Roger (et.al.). **Resultados laboratoriais da fivete**: análise em 382 ciclos. In: Reprodução. v. 7. jan/mar. 1992. Disponível em: [¹⁶⁰ “As oportunidades de gestação em pacientes acima dos 40 anos é de 5 a 13% por ciclo e, destas, em torno de 50% abortam. Os riscos de abortamento nas gestantes com mais de 40 anos situam-se entre 20 a 50%” \(SCARPARO, Mônica Sartori. Obra citada, p. 12\)](http://bases.bireme.br/cgi-bin/wxislind.exe/iah/online/?IsisScript=iah/iah.xis&src=google&base=ADOLEC&lang=p&nextAction=lnk&exprSearch=147166&indexSearch=ID>.” Acesso em 17/03/2010).</p></div><div data-bbox=)

¹⁶¹ SCARPARO, Mônica Sartori. Obra citada, p. 12. Atento a essa possibilidade, dispõe o CFM: “2 - As técnicas de RA podem ser utilizadas desde que exista probabilidade efetiva de sucesso e não se incorra em risco grave de saúde para a paciente ou o possível descendente”. (Artigo I da Resolução nº 1.957/2010).

Em sentido contrário à limitação a três, quanto do número de embriões a serem implantados, o estudo anteriormente referido concluiu que “as maiores taxas de gravidez foram obtidas quando se transferiram de 4 a 6 embriões por paciente. Mesmo com a transferência deste número de embriões, não houve um aumento na taxa de gestações múltiplas (19,36 por cento)” (ABDELMASSIH, Roger (et.al.). Obra citada, p. 1).

técnicas destinadas à redução embrionárias (art. 1, inciso 7º da Resolução CFM nº 1.957/2010).

Cumpra esclarecer, por fim, que de modo diverso ao noticiado pela mídia sensacionalista à época em que se desenvolveu a FIVETE, as crianças assim geradas não têm maior propensão a doenças genéticas ou quaisquer outras patologias clínicas, em comparação àquelas nascidas pelas vias ordinárias, salvo em havendo gestações múltiplas, de três ou mais embriões, justamente o que se pretende evitar pela diretriz restritiva do número de embriões para implante, estabelecida pelo CFM.

A partir da origem dos gametas, a fertilização *in vitro* admite as modalidades *homóloga* (quando realizada a partir dos gametas do casal) e *heteróloga*, que se desdobra em três hipóteses: fertilização do óvulo da esposa por espermatozoide de doador e fertilização de óvulo de doadora por espermatozoide do marido (ambas integrantes do conceito de *reprodução heteróloga unilateral*); ou, ainda, fertilização de óvulo e espermatozoide doados, com posterior implante no ventre da esposa,¹⁶² tal como ocorre na doação de embriões (o que se denomina *reprodução heteróloga bilateral*).¹⁶³

2.3.3. Transferência intratubária de gametas (GIFT)

A “*Gamete Intrafallopian Transfer*”, também denominada GIFT, foi apresentada pelo médico argentino Ricardo Asch, no ano de 1984 – registrado o nascimento da primeira criança no ano seguinte – como um método alternativo à fertilização *in vitro* na solução de esterilidades sem explicação. Conforme explica Eduardo de Oliveira Leite: “*com um percentual de sucesso que pode chegar a 30% ou 40%, e um risco surpreendentemente baixo de gravidezes extra-uterinas*” a GIFT “*se revelou notavelmente eficaz nos casos de esterilidade desconhecida e, em grau menor, nos casos de esterilidades imunológicas ou masculinas*”.¹⁶⁴ A GIFT é indicada, ainda,

¹⁶² LEITE, Eduardo de Oliveira. Obra citada, p. 401.

¹⁶³ GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. **Efeitos civis da reprodução assistida heteróloga de acordo com o novo Código Civil e Estatuto da Criança e do Adolescente**, p. 628.

¹⁶⁴ LEITE, Eduardo de Oliveira. Obra citada, p. 48.

para casos de endometrioses, fator cervical e aderências uterinas anexas que obstem a captação do óvulo, apesar de alguns destes casos comportarem aplicação de outras técnicas, tais como ZIFT e PROST (infra).¹⁶⁵ Exige-se, entretanto, para seu sucesso, que a mulher disponha de trompas de Falópio saudáveis e fisiologicamente bem formadas¹⁶⁶ – pois é neste local em ocorrerá a fecundação dos gametas, as primeiras divisões celulares, daí conduzindo-se o zigoto ao útero, local da gestação definitiva – dotadas de suficiente permeabilidade tubária.¹⁶⁷

Desenvolvida paralelamente à fertilização *in vitro*, esta técnica viabilizou uma redução das manipulações biológicas dos gametas em local exterior ao corpo humano, oferecendo, ao embrião, condições ainda mais naturais de fecundação, desenvolvimento e maturação. Sua “(...) *grande vantagem, em comparação com a fertilização “in vitro” reside no fato de que a transferência de gametas ocorre no seu sítio fisiológico, o terço distal da trompa, onde existem as condições ideais de nutrição e transporte, tanto para os gametas como para o embrião recém fertilizado*”. Além disso, “*as possibilidades de sucesso são maiores do que a fertilização in vitro, chegando a cifras de 20 a 55% por ciclo*”,¹⁶⁸ girando a média internacional em torno de 30%.

De modo diverso ao observado na técnica anterior, na GIFT o embrião é fecundado “*in vivo*”, a partir do seguinte procedimento, descrito por Mandelbaum e Plachot:

O procedimento inicial em muito se assemelha ao da fertilização *in vitro*: realiza-se estimulação da evolução através de medicamentos, bem como, coleta e preparação de espermatozoides. A punção dos óvulos não é realizada por controle ecográfico (com anestesia local), mas por laparoscopia – mediante pequena incisão abdominal – com anestesia geral.¹⁶⁹ Todavia, apesar de revestir-se de maior complexidade, a

¹⁶⁵ SCARPARO, Mônica Sartori. Obra citada, p. 14.

¹⁶⁶ MACHADO, Maria Helena. Obra citada, p. 47.

¹⁶⁷ FERNANDES, Silvia da Cunha. Obra citada, p. 35.

¹⁶⁸ SCARPARO, Mônica Sartori. Obra citada, p. 13.

¹⁶⁹ Trata-se da “*celioscopia, exame endoscópico da cavidade abdominal depois de insuflada*”. (MACHADO, Maria Helena. Obra citada, p. 47).

realização de punção vaginal (descrita no procedimento da FIVETE) guarda vantagens sobre a laparoscopia por não expor os óvulos ao CO₂, estando a técnica associada a um índice maior de captação dos óvulos.¹⁷⁰

Assim que colhidos os óvulos, eles são misturados aos espermatozóides em um fino cateter. Para que a fecundação não ocorra no interior do cateter, é usual separar-se os líquidos contendo os espermatozóides e os óvulos por uma bolha de ar inserida entre ambos.

Após a coleta, o material genético é imediatamente introduzido em uma das trompas – em geral, em cada trompa é injetada uma mistura de um ou dois óvulos com aproximadamente cem mil espermatozóides. Espera-se, a partir daí, que o ambiente fisiológico onde naturalmente ocorreria a fecundação (organismo feminino) propicie o sucesso desta, bem como de todas as demais fases do desenvolvimento embrionário, do modo mais natural quanto possível. Uma eventual desvantagem desta técnica reside na impossibilidade de observação do embrião fecundado, o que geralmente é muito relevante à conclusão bem sucedida da fertilização, evitando-se defeitos, tais como polispermia ou geração de embriões euplóides.¹⁷¹

A duração aproximada do procedimento é de meia hora, em não havendo óvulos excedentes. Caso existam, estes óvulos são fecundados *in vitro*, podendo ser criopreservados para uma eventual futura implantação uterina, caso reste frustrada a GIFT, ou se deseje obter mais filhos a partir da mesma coleta de material genético.

Em relação à sua complexidade, no plano biológico, a GIFT é mais simples que a FIVETE, considerando-se o tempo necessário à sua realização caso não se faça necessária a fertilização *in vitro* de óvulos sobressalentes. Do um ponto de vista clínico, trata-se de medida mais invasiva, pois exige uma incisão cirúrgica (celioscopia) destinada a transferir a mistura de óvulos e espermatozóides para a

¹⁷⁰ SCARPARO, Mônica Sartori. Obra citada, p. 13.

¹⁷¹ SCARPARO, Mônica Sartori. Obra citada, p. 13.

trompa feminina.¹⁷² Quanto aos riscos de abortamento e gestação múltipla, a técnica guarda uma certa semelhança com a fertilização *in vitro*.¹⁷³

2.3.4. Transferência de zigotos nas trompas de Falópio (ZIFT)

A transferência de zigotos nas trompas de Falópio (“Zigote Intrafallopian Transfer”) consiste na implantação de zigotos, fertilizados *in vitro* – e em diferentes estágios de seu desenvolvimento – diretamente na porção da trompa de falópio em que o zigoto normalmente se localizaria nos seus respectivos estágios de maturação.

Esta técnica tem as mesmas indicações da transferência de gametas: fatores masculinos, endometriose, esterilidade sem causa aparente, e fator imunológico. “*Esse último assume maior importância pelo fato de poder ser transferido um embrião mais evoluído e menos suscetível de agressão imunológica*”.¹⁷⁴

Estão aqui presentes as vantagens FIVETE – acompanhamento imediato da ocorrência bem sucedida da fertilização e da qualidade do zigoto gerado – e da GIFT – inserção dos gametas e embriões em seu ambiente biológico natural – além de poder assumir diversas modalidades, a depender do momento em que a transferência é realizada. Em média, o método é eficaz em 45% a 50% dos casos (gravitando a média internacional em torno de 30%), o que se mostra superior aos índices da FIVETE e da GIFT considerados isoladamente.¹⁷⁵

2.3.5. Transferência Intratubárica de embriões em estado de “pró-núcleo” (PROST)

A “Pronuclear Stage Embryo Transfer” é uma variação da técnica anterior (ZIFT) na qual o embrião é transferido ainda no estágio pró-nuclear, ou seja, no período compreendido entre a união dos gametas masculino e feminino e a efetiva

¹⁷² LEITE, Eduardo de Oliveira, p. 48-49.

¹⁷³ SCARPARO, Mônica Sartori. Obra citada, p. 14.

¹⁷⁴ SCARPARO, Mônica Sartori. Idem, p. 14.

¹⁷⁵ SCARPARO, Mônica Sartori. Obra citada, p. 14. Acrescenta a autora: “*os riscos de abortamento e de gestação múltipla são similares aos da fertilização in vitro, sendo que a gestação ectópica é mais frequente (4 a 14%)*”. (In: Ibidem)

fertilização (primeiras divisões celulares). Neste curto período temporal (são aproximadamente dezoito horas), ainda são individualizáveis os pró-núcleos que compõem o zigoto em formação.¹⁷⁶

2.3.6. Transferência Intratubárica de embriões (TEST ou TET)

Esta é também uma variante da ZIFT. Denomina-se “Tubal Embryo Transfer” às transferências de embriões para as trompas de Falópio dentro do período compreendido entre a primeira divisão celular e o 14º dia de vida do zigoto, em que já se definem duas a oito células.¹⁷⁷

2.3.7. Inseminação vaginal intratubária (VITI)

Esta técnica encontra-se em fase de experimentação e consiste na inserção de cateter pela via transvaginal – acompanhada e orientada por uma ecografia – com o objetivo do implante de espermatozóides ou embriões, no terço proximal da trompa de Falópio. Trata-se de intervenção que, adequadamente desenvolvida, poderá atuar como via alternativa à laparoscopia nos procedimentos de inseminação artificial e implantação de zigotos fertilizados *in vitro*, podendo representar redução de custos, riscos e seqüelas para a gestante e para o zigoto. Entretanto, seu procedimento não é simples, exigindo enorme perícia em sua preparação e execução, sobretudo por parte daquele que operará o cateter.¹⁷⁸

2.3.8. Restituição tubária de óvulos com inseminação adiada (FREDI)

A “*Fallopian Replacement of Eggs with Delayed Intrauterine Insemination*” é uma técnica pouco utilizada, que consiste na implantação de óvulos – da própria mulher (TOT, *infra*) ou de doadora – diretamente na trompa de Falópio para que ocorra seu amadurecimento suficiente à fertilização. Neste momento, adiciona-se

¹⁷⁶ SCARPARO, Mônica Sartori. Idem, p. 14.

¹⁷⁷ SCARPARO, Mônica Sartori. Ibidem.

¹⁷⁸ SCARPARO, Mônica Sartori. Idem, p. 15.

líquido seminal para que a fertilização ocorra no ambiente fisiológico em que ocorreria naturalmente.¹⁷⁹

2.3.9. Transferência intratubárica de óvulos (TOT)

A “*Tubal Ovum Transfer*” é uma medida indicada para resolver casos em que alguma obstrução impede a ligação entre os ovários e as trompas de Falópio. Por intermédio de uma cânula cirúrgica, realiza-se uma transferência do óvulo já maduro para a região da trompa de falópio.¹⁸⁰ Nestes casos, a fecundação pode ocorrer de três maneiras: *in vitro*, pela GIFT – anteriormente à implantação, o óvulo é alocado em cateter juntamente com o esperma ambos separados por bolha de ar, para que sejam então implantados – ou pela FREDI, em que, em um primeiro momento, serão introduzidos apenas os óvulos na cavidade da trompa de Falópio e, quando maduros estiverem, serão introduzidos espermatozóides para que a fecundação ocorra *in vivo*.

2.3.10. Gestação provisória por substituição (SET)

A “surrogate embyo transfer” (SET) é uma técnica indicada para os casos de infertilidade feminina, em que participa uma gestante provisória para intermediar o processo de fecundação, viabilizando o início do desenvolvimento do zigoto para posterior implantação no ventre da interessada, em que a gravidez será levada a termo. Seu procedimento compreende, inicialmente, uma inseminação artificial, realizada preferencialmente com o sêmen do marido e companheiro e os óvulos da gestante provisória. Concebido e devidamente implantado no útero da gestante provisória, o embrião é dali retirado após determinado estágio de desenvolvimento – por um processo não-cirúrgico de lavagem¹⁸¹ – e então transferido ao útero da gestante

¹⁷⁹ MEIRELLES, Jussara Maria Leal de. Obra citada, p. 23.

¹⁸⁰ MEIRELLES, Jussara Maria Leal de. Idem, p. 22.

¹⁸¹ “A doação de embriões por lavagem é, segundo seus defensores, muito mais segura para a doadora, pois não requer anestesia geral e um simples e seguro procedimento é envolvido; além disso, para o embrião, há a vantagem de um menor intervalo *in vitro* durante o qual ele poderia se deteriorar. (...)”. Contudo, “onde é usada a lavagem existe risco de gravidez na doadora, na medida em que o embrião pode não ser expelido, bem como pela introdução de infecção no útero ou outros problemas” (WARNOCK, Mary. Obra citada, p. 39).

definitiva, geralmente a esposa ou companheira do genitor que cedeu o espermatozóide utilizado na fecundação.¹⁸²

2.3.11. Gestação por substituição

Também denominada maternidade de substituição, cessão de útero, maternidade de aluguel ou por sub-rogação – significantes carentes de precisão, visto que acoplam ao significado elementos que não lhe são próprios, tais como a relação de maternidade, a necessidade de contraprestação pecuniária, ou a cessão de faculdade inerente a direito de propriedade sobre o útero¹⁸³ – a técnica envolve uma terceira mulher, portadora do feto durante a gestação – também denominada mãe interina, de aluguel, por comissão (o que, da mesma maneira, não traduz com fidelidade o seu objeto, na medida em que pressupõe vínculo de maternidade entre a portadora e o embrião) – que abrigará a criança em seu ventre durante o período gestacional – ou seja, manterá gravidez em favor de outra, diante de sua impossibilidade para tanto – e, logo após o nascimento, entregará o filho à interessada, *“renunciando a gestante, em favor dela, todos os direitos relativos à maternidade”*.¹⁸⁴

Em outras palavras, trata-se de *“prática pela qual uma mulher mantém em gestação uma criança com a intenção de que esta seja entregue, após o parto, a quem com ela pactuou, gratuita ou onerosamente, a desse modo proceder”*.¹⁸⁵

¹⁸² LENTI, Leonardo. **La procreazione artificiale**: Genoma della persona e attribuzione della paternità, p. 23.

¹⁸³ A mesma ressalva terminológica é, também, observada por Belmiro Pedro Welter, que discorda *“daqueles que utilizam a expressão mãe de substituição ou outras designações qe envolvam o termo mãe, porque, na verdade, não se trata de mãe medicamente assistida, e sim de gestante, pois pode dar a entender, equivocadamente, que a gestante substituta será a futura mãe, o que nem sempre é verdade”*. (In: Obra citada, p. 237). A terminologia encontra amparo no que dispõe a Resolução CFM nº 1.957/2010 (que utiliza o termo “gestação de substituição”).

¹⁸⁴ MEIRELLES, Jussara. **Gestação por Outrem e Determinação da Maternidade**: “mãe de aluguel”, p. 23. Adverte a autora que *“(...) não é apreendido aqui o termo “entrega” em sua acepção técnica, sobretudo na seara do inadimplemento, nem o vocábulo “renúncia” tem a conotação que a dogmática clássica ao mesmo atribui. Ambos dizem respeito à dinâmica dos fatos tomados no plano da compreensão informal ou coloquial do evento. Do mesmo modo, a palavra direitos não quer significar, nesse contexto posição jurídica, sem embargo de reconhecer-te a imensa gama de questões que o respectivo caráter personalíssimo desses poderes-deveres pode apresentar”* (In: Idem, p. 29)

¹⁸⁵ MEIRELLES, Jussara. Idem, p. 67.

A técnica geralmente é realizada a partir da fertilização *in vitro* realizada com material genético de marido e esposa, seguida de posterior implantação do zigoto no útero da portadora. Pode, ainda, ocorrer a utilização de óvulo da própria portadora, mediante fertilização *in vitro* a partir do espermatozóide do marido da mulher infértil, ou através da implantação do seu espermatozóide diretamente na cavidade uterina da portadora.¹⁸⁶ Nestas duas últimas hipóteses, o filho será gerado a partir do óvulo da portadora, e não guardará qualquer vínculo genético com a esposa de quem cedeu o espermatozóide; não obstante, para fins de determinação de maternidade jurídica, esta é quem será considerada sua mãe, conforme será analisado posteriormente.

Registram-se, ainda outras quatro possíveis variações da técnica. As duas primeiras são resolvidas com recurso à SET – na hipótese de se constatarem problemas que impediriam a gestante de levar sua gravidez a bom termo, o embrião pode ser transferido ao útero de uma portadora, para que ali se desenvolva até o final da gestação, momento em que será “devolvido” à primeira gestante; do mesmo modo, a transferência pode se dar em sentido oposto: diagnosticada malformação que impede apenas a implantação e desenvolvimento inicial do zigoto, em suas primeiras semanas, pode o embrião ser provisoriamente implantado no útero de portadora e, atingido certo grau de maturação, ser transferido definitivamente ao útero de sua mãe. A terceira é verificada quando mulher infértil se vale do óvulo doado por terceira, fertilizado *in vitro* com sêmen de seu esposo, e implantado em seu útero para gestação até o nascimento – o que não configura gestação por substituição, propriamente dita, ao menos que reste comprovado que o óvulo foi “dado” com finalidade específica de procriação e posterior retorno do filho à doadora. Por fim, anota-se a possibilidade de uma portadora hospedar um zigoto fertilizado por uma doadora anônima, com o

No Warnock Report, documento elaborado no Reino Unido pela Comissão presidida pela cientista Mary Warnock, a gestação por substituição é denominada “Surrogacy” e assim descrita:

“é a prática pela qual uma mulher (a mãe de substituição) leva uma criança para outra pessoa e (geralmente) para o parceiro dessa pessoa (o casal de “comissionamento”), como resultado de um acordo antes da concepção de que a criança deve lhes ser entregue depois do nascimento”.(WARNOCK, Mary (pres.). Obra citada, p. 42).

¹⁸⁶ Conforme destaca Eduardo de Oliveira Leite, “a mãe portadora é aquela que apenas “empresta” seu útero” para implante do embrião gerado a partir do material genético do casal solicitante, ao passo que a “mãe de substituição, além de emprestar seu útero, dá igualmente seus óvulos”, sendo, “ao mesmo tempo, genitora e gestante” (in: Obra citada, p. 68).

compromisso de entrega a uma terceira, denominada “mãe social” – de ocorrência “bastante rara pelas dificuldades médicas que representa (conformidade clínica entre a “mãe biológica” e a “mãe genética”) e criticada pela ausência total de participação por parte da mãe social)”.¹⁸⁷

Em outros países, a escolha da gestante portadora, dentre as candidatas, ocorre através de seleção, realizada nos centros especializados, a partir de critérios de estabilidade psicológica e emocional, compatibilidade sanguínea em relação ao pai da criança (inclusive para evitar-se o risco de eritroblastose fetal) e características físicas semelhantes às da mãe contratante.¹⁸⁸ No Brasil, a partir do que dispõe a Resolução CFM nº 1.957/2010, a portadora deve, salvo autorização expressa do CRM, ser parente em até segundo grau da interessada, impondo-se, ainda, a gratuidade.¹⁸⁹ A inserção da disciplina da Resolução nas regras de parentesco do direito civil brasileiro torna a medida possível apenas entre mães e filhas (parentesco em primeiro grau, linha reta), avós e netas (segundo grau, linha reta) e entre irmãs (segundo grau, linha colateral).¹⁹⁰

As razões que justificam o emprego desta técnica reprodutiva podem ser de ordem fisiológica ou clínica – infertilidade, malformações uterinas que impedem ou embaraçam a gestação em qualquer de suas fases, acarretando riscos à saúde do feto e

¹⁸⁷ MEIRELLES, Jussara. **Gestação por Outrem e Determinação da Maternidade**: “mãe de aluguel”, p. 70. Estas possibilidades já haviam sido anunciadas pelo Warnock Report (Obra citada, p. 42).

¹⁸⁸ MEIRELLES, Jussara. Idem, p. 67.

¹⁸⁹ Dispõe a Resolução CFM nº. 1.957/2010:

“VII - SOBRE A GESTAÇÃO DE SUBSTITUIÇÃO (DOAÇÃO TEMPORÁRIA DO ÚTERO)

As clínicas, centros ou serviços de reprodução humana podem usar técnicas de RA para criarem a situação identificada como gestação de substituição, desde que exista um problema médico que impeça ou contraindique a gestação na doadora genética.

1 - As doadoras temporárias do útero devem pertencer à família da doadora genética, num parentesco até o segundo grau, sendo os demais casos sujeitos à autorização do Conselho Regional de Medicina.

2 - A doação temporária do útero não poderá ter caráter lucrativo ou comercial”.

¹⁹⁰ Conforme adverte Jussara Meirelles, “É importante recordar, no entanto, que a referida norma, por estar contida em mera resolução administrativa, cuja finalidade única é delimitar eticamente a atuação médica no uso das técnicas de reprodução assistida, não tem o condão de coibir uma prática que a lei formal não proíbe” (In: **Gestação por Outrem e Determinação da Maternidade**: “mãe de aluguel”, p. 69).

da gestante, prevenção à transmissibilidade de doenças genéticas, além de causas psicofísicas; de ordem social – alternativa à adoção em países onde o trâmite é muito lento; interesses patrimoniais (nos países onde se permite a contraprestação pecuniária) e extrapatrimoniais (mulheres que se candidatam ao papel de portadoras por mero altruísmo ou para alimentar o desejo de estarem grávidas); de índole subjetiva ou pessoal – sujeitos de uniões homossexuais, estabelecimento programado de monoparentalidade, desejo de uma procriação livre dos efeitos “indesejáveis” de uma gravidez, dentre outras razões nem sempre tão nobres, nos padrões socialmente vigentes.¹⁹¹

O acordo realizado entre as partes (“pais sociais” e a “gestante substituta”) é espécie de contrato, em que ambos os pólos assumem direitos e obrigações. Na primeira categoria, inserem-se os direitos dos “pais” de receberem o filho logo após o seu nascimento, bem como, de poderem com ele estabelecer vínculos plenos e exclusivos de paternidade e maternidade, sem qualquer interferência da gestante. No campo dos deveres, além do principal, relativo à entrega do bebê pela gestante, podem-se estipular condutas acessórias à gestação e ao pleno desenvolvimento do feto, tais como a abstenção de consumo de fumo, álcool e outras drogas, obrigação de submissão a exames médicos bem como, deveres pecuniários aos solicitantes, consistentes no custeio das despesas envolvidas na gestação (alimentação especial, plano de saúde, acompanhamento clínico pré-natal e medicamentos) e no nascimento (despesas médicas, hospitalares e farmacêuticas).¹⁹²

Mesmo nos países em que é vedada a estipulação de contraprestação pecuniária para este procedimento, parece razoável admitir-se a pactuação acerca do custeio destas referidas despesas pertinentes à gravidez e ao parto, na medida em que elas não

¹⁹¹ “Um estudo realizado na Califórnia revelou que as “mães substitutas” contam entre vinte e quatro e trinta e cinco anos de idade, em sua maioria têm graduação em nível superior, são casadas e mães de um ou vários filhos próprios. Não obstante **muitas entrevistadas (89%) terem admitido o motivo de ordem financeira que as levou à gestação de substituição**, outras razões foram aduzidas, tais como: o desejo de ficar grávida e desfrutar da maternidade; o desejo de proporcionar e dar a um casal sem filhos um filho seu; a esperança de, ao dar à luz um bebê em tais condições, livrar-se de remorsos e outros sentimentos de culpa por abortos anteriores, etc.” (Grifou-se) (MEIRELLES, Jussara. Idem, p. 72).

¹⁹² MEIRELLES, Jussara Maria Leal de. **Reprodução assistida: aspectos médicos e jurídicos**, p. 39.

representam qualquer remuneração à gestante portadora, mas apenas a justa compensação dos efetivos custos pecuniários do procedimento, que então ficam a cargo dos interessados em sua realização.

2.3.12. Clonagem humana

O gênero “clonagem humana” contempla duas espécies: a natural e a artificial.

A primeira, cujo próprio nome dispõe, ocorre naturalmente no ventre materno, sem interferências humanas, e compreende a divisão celular que gera separação das células de um embrião humano, dando origem a dois ou mais organismos embrionários independentes. Estes organismos denominam-se gêmeos univitelinos, pois carregarão o mesmo fenótipo (aparência e fisiologia) por comungarem do mesmo genótipo (carga cromossômica), na medida em que descendentes de uma mesma célula que se clivou. No conceito de clonagem natural não se inclui a gestação múltipla oriunda da fertilização (pela via natural ou *in vitro*) de uma pluralidade de óvulos, o que é favorecido por algumas técnicas de reprodução assistida (sobretudo as que envolvem indução da ovulação). Nestes casos, os embriões não descendem de uma mesma célula que se dividiu e, portanto, não compartilham de um mesmo genoma (cariótipo), pois os óvulos fecundados são independentes entre si. Trata-se de gêmeos bivitelinos que, apesar de geralmente nascerem em um mesmo parto, não são idênticos, como ocorre no caso anterior.

Em sua modalidade artificial, a clonagem é realizada voluntariamente, por intervenção humana, o que, na atualidade, se processa por duas técnicas de manipulação genética: a primeira, anunciada em 1993, é semelhante à clonagem natural, consistindo na clivagem artificial do zigoto, nas primeiras semanas de vida, (o que também se denomina “*embryo-splitting*”, ou “*cisão gemelar*”); neste caso, todos os genes (nucleares e mitocondriais do descendente) são idênticos aos do organismo de origem, tal como ocorre em relação aos gêmeos univitelinos.

A segunda hipótese consiste na transferência nuclear. Seu desenvolvimento projetou-se no mundo científico a partir da clonagem da ovelha Dolly, em que se promoveu a substituição do núcleo haploide de um óvulo doado por uma segunda

ovelha (que serviu apenas como base para o desenvolvimento inicial do zigoto) pelo núcleo diploide de uma célula proveniente da mama de uma ovelha de mesma espécie, implantando-se no útero de uma terceira ovelha, de espécie diversa, que gestou e deu a luz à Dolly.

Na transferência de núcleo, apenas os genes nucleares são idênticos entre os organismos-mãe e descendentes, não havendo similitude entre os genes mitocondriais. Tal constatação tem particular relevância na desconstituição de uma falsa conclusão a que muitos chegaram à época do anúncio da clonagem da ovelha Dolly, com o emprego desta técnica. Ao contrário do que se afirmou, na clonagem mediante transferência nuclear, não se obtém um “clone” 100% idêntico ao organismo-mãe, na medida em que a hereditariedade genética não se transmite apenas pela carga nuclear do gameta, mas também por fatores citoplasmáticos, tais como a influências das mitocôndrias do óvulo feminino. No caso Dolly, em que se empregou o óvulo de uma segunda ovelha como receptáculo ao núcleo da célula do organismo-mãe, percebeu-se que Dolly possui genoma quimérico do DNA mitocondrial da portadora deste óvulo.¹⁹³

Apesar de todas as restrições éticas, a clonagem humana é iminente – já havendo sido noticiada em países asiáticos – e logo demandará respostas jurídicas.

2.3.13. Quadro Sinótico

Em resumo, as intersecções entre as diversas possibilidades de paternidade e maternidade operadas mediante técnicas de reprodução humana assistida geram uma pluralidade de posições possíveis de serem exercidas pelos envolvidos a partir dos critérios biológico e social (aqui definidos pelos papéis de genitor(a), pai e mãe sociais, respectivamente), da seguinte maneira:¹⁹⁴

¹⁹³ Em outras palavras, “Dolly, portanto é um clone da Ovelha Finn Dorset doadora da célula da mama (genoma nuclear replicado), com um genoma quimérico do DNA mitocondrial (citoplasmas fundidos). Apesar da adoção do termo clonagem, Dolly não é uma réplica 100% da ovelha Finn Dorset doadora da célula da mama” (SILVA, Reinaldo Pereira e. Obra citada, p. 79).

¹⁹⁴ O quadro sinótico foi elaborado a partir de: LENTI, Leonardo. Obra citada, p. 35 e LEITE, Eduardo de Oliveira. Obra citada, p. 29, além de análises pessoais. Cumpre ressaltar que o arranjo destas inúmeras possibilidades de atuação de sujeitos no processo de concepção resulta em um infinidade de vínculos, impossível de ser exaustivamente tabelada. Optou-se, portanto, pela apresentação das hipóteses mais factíveis, sendo dispensadas as demais pela ausência de notícia de sua ocorrência, bem

Técnica	Detalhamento	Genitor	Genitora	Pai social	Mãe social	Gestante / parturiente	Observações
Inseminação artificial homóloga	Com ou sem FIVETE e GIFT	Pai social / Marido ¹⁹⁵ da mãe	Mãe social / esposa do genitor	Genitor / marido da mãe social / doador de esperma	Genitora	Mãe social / Genitora	
Inseminação artificial heteróloga	Com ou sem FIVETE e GIFT	Terceiro doador de esperma	Mãe social	Marido da mãe social	Genitora	Mãe social / Genitora	Anonimato do terceiro doador
Gestação por substituição	FIVETE, sêmen do marido, doação de óvulos e cessão de útero por terceiras distintas;	Pai social / Marido da mãe	Doadora de óvulos	Genitor / marido da mãe social / doador de esperma	Esposa do genitor	Terceira cedente do útero	Não há registro prático desta hipótese
Inseminação heteróloga com gestação por substituição	FIVETE, GIFT sêmen de terceiro doador, óvulo da esposa, cessão de útero por terceira	Terceiro doador de esperma	Mãe social	Marido da mãe social	Genitora	Terceira cedente do útero	Filho que não tem vínculo genético com a gestante
Gestação por substituição	FIVETE e SET com doação de esperma por terceiro, e cessão de óvulo e útero por terceira	Terceiro doador de esperma	Terceira cedente de óvulo e útero	Marido da mãe social	Esposa do pai social	Terceira cedente de óvulo e útero	Não há registro prático desta hipótese
Fertilização <i>in vitro</i> (FIVETE)	Com doação de óvulos e GIFT	Pai social / Marido da mãe	Doadora de óvulos	Genitor / marido da mãe social / doador de esperma	Gestante / parturiente	Mãe social	Anonimato, ou não da doadora de óvulos
Fertilização <i>in vitro</i> (FIVETE)	Doação de embrião	Genitor do embrião	Genitora do embrião	Marido da parturiente	Parturiente	Mãe social	O filho não tem vínculo genético com os pais sociais
Gestação por substituição	FIVETE e SET	Pai social / Marido da mãe	Mãe social / esposa do genitor	Genitor / marido da mãe social / doador de esperma	Genitora / doadora de óvulos	Terceira cedente do útero	Filho não tem vínculo genético com a gestante
Gestação por substituição	FIVETE e SET	Pai social / Marido da mãe	Terceira cedente de óvulo e útero	Genitor / marido da mãe social / doador de esperma	Esposa do genitor	Terceira cedente de óvulo e útero	Filho não tem vínculo genético com a mãe social, mas apenas com a cedente de óvulo e útero
Inseminação artificial com FIVETE	Homem solteiro, com doação de óvulo e cessão de útero pela mesma mulher	Pai social	Terceira cedente de óvulo e útero	Genitor	Não há.	Terceira cedente de óvulo e útero	Monoparentalidade programada
Inseminação artificial com FIVETE	Homem solteiro, com doação de óvulo e cessão de útero por mulheres distintas	Pai social	Terceira cedente de óvulo	Genitor	Não há.	Terceira cedente de útero	Filho não tem vínculo genético com gestante

como pela fragilidade dos vínculos sobre os quais se estabeleceria a paternidade (tal como o exemplo da mulher solteira que se vale de doação de embrião gerado a partir de sêmen e óvulo de anônimos e, por problemas uterinos, implanta o embrião em útero de mulher distinta – gestação por substituição).

¹⁹⁵ Quando se emprega o termo marido e esposa, está a se incluir os companheiros conviventes em união estável, por força do reconhecimento Constitucional (art. 226, §3º da Constituição Federal), endossado pela Resolução nº 1.957/2010, do CFM (art. II). Aliás, “*o casal estéril, na realidade francesa, não é considerado apenas aquele que apresenta uma certidão de casamento; aceita-se igualmente, um certificado de vida comum aos companheiros (...)*”. (LEITE, Eduardo de Oliveira. Obra citada, p. 34).

Inseminação artificial com FIVETE	Mulher solteira	Doador de esperma	Mãe social	Não há.	Genitora	Mãe social	
Inseminação artificial com FIVETE	Mulher solteira com doação de embrião (SET)	Genitor do embrião	Genitora do embrião	Não há.	Mulher solteira gestante	Mãe social	Filho não tem vínculo genético com mãe social
Inseminação artificial com FIVETE	Mulher solteira, com cessão de útero por terceira	Doador de esperma	Mãe social	Não há	Genitora	Terceira cedente de útero	
Clonagem Natural	Clivagem espontânea do zigoto	Ascendente Biológico	Ascendente Biológica	Genitor / marido da mãe social / doador de esperma	Gestante / parturiente	Mãe social	Filhos gêmeos univitelinos
Clonagem Artificial	Clivagem induzida do zigoto	Ascendente Biológico	Ascendente Biológica	Genitor / marido da mãe social / doador de esperma	Gestante / parturiente	Mãe social	Identidade absoluta entre clone e organismo de origem
Clonagem Artificial	Transferência nuclear	Organismo mãe	Organismo mãe	Não há	Gestante / parturiente	Mãe social	Identidade não absoluta entre clone e organismo de origem

2.4. Problematização

Verificou-se a variedade de técnicas e de possibilidades envolvendo reprodução assistida. O percurso científico contemporâneo, sobretudo nas últimas décadas, anuncia um exponencial avanço destas medidas, em termos quantitativos e qualitativos. Uma decorrência deste desenvolvimento é a expansão da acessibilidade a estes recursos, quer pela redução de seus custos, quer pelo incremento do número de centros e de profissionais habilitados para sua realização. A infertilidade, tão temida e rechaçada na história da humanidade – justamente por força do desconhecimento de suas causas e da inexistência de métodos para sua solução, o que acabava por remeter o debate ao campo metafísico e religioso – parece não mais afligir da mesma maneira aqueles em que é diagnosticada: neste patamar, o desespero diminui na mesma proporção em que se ampliam a informação, o acesso, e principalmente, a legitimação social do recurso às técnicas reprodutivas.

Retomando-se a principal das premissas metodológicas adotadas pelo presente estudo – que consiste, basicamente, na problematização dialética das respostas oferecidas pelos diversos seguimentos afetos às questões de natureza existencial aqui envolvidas, o que se opera pela discussão e relativização de seus pressupostos, bem como pelo acréscimo de novas causas, efeitos ou funções a serem consideradas pelo debate da ciência jurídica na construção das respostas – cumpre, neste momento,

analisar-se criticamente os avanços científicos anteriormente apresentados – no tocante as suas implicações, conseqüências, e limites encontrados nos campos da ética, da religião e do Direito – com o objetivo de, em algum modo, enriquecer o fervoroso campo de debate sobre seus limites e possibilidades.

Se algo pode ser dito sem sombra de dúvidas neste campo epistêmico é que a dimensão da relevância e da complexidade das questões de índole existencial, que se está a tratar, torna impossível a sua compreensão mediante repostas imediatas, definitivas e calcadas em dogmas inquestionáveis – típicos das teses religiosas – ou em “verdades” impostas ao “ser” pelo “dever-ser” sem o necessário temperamento, ou seja, de modo absoluto e generalizado, a partir da lógica do “tudo ou nada”, própria das ciências exatas e, em certa época, aclamada inclusive pela ciência jurídica positivista.

Questões de tal natureza demandam uma ponderação analítica interdisciplinar, que leve em conta o maior número de saberes científicos e sociais (o que compreende, até mesmo, a religião),¹⁹⁶ além do maior número possível de correntes de pensamento extraídas de cada setor. Esta ponderação há de ser, ainda, preferencialmente realizada no âmbito do caso concreto, o que permitirá que as suas circunstâncias particulares

¹⁹⁶ E, neste âmbito, precipita-se o argumento, tipicamente positivista e moderno, de desconsideração de saberes oriundos das religiões pelo fato de sua fundamentação recair sobre dogmas alheios à razão e não verificáveis pela empiria científica. Não se pode olvidar que as doutrinas religiosas, na proporção de sua dimensão e âmbito de atuação, exercem enorme influência sobre juízos valorativos de conduta formulados no âmbito social, determinando, por conseqüência, muitas das normas éticas socialmente vigentes. Tal influência se irradia, também de modo sensível, no campo jurídico, seja na produção normativa, seja na interpretação e construção do sentido normativo, por ocasião da sua aplicação. Esta influência imediata da religião e dos demais saberes humanísticos (política, economia, história) no âmbito do Direito é, aliás, constatada e admitida por Hans Kelsen (ao contrário do que muito se imputa à sua memória), para quem a almejada pureza reside apenas no campo da Ciência Jurídica, e não do Direito. (In: **Teoria pura do Direito**, p.2).

Conforme bem relata Maria Cristina de Cicco: “*é importante recordar, e não é demais repetir, que um Estado laico não é um Estado sem moral, mas sim um Estado que não assume como próprios os valores morais de uma determinada religião. Não significa ter-se um Direito insensível a conteúdos morais, porque o Direito sempre precisa de um conteúdo moral. Um Estado Laico é um Estado que respeita o pluralismo ético, religioso, cultural e que, em argumentos particularmente delicados, como aqueles que se referem à pessoa, dirige-se não a uma única valoração moral, mas sim a posições diversificadas. A laicidade pressupõe uma “neutralidade” do ordenamento sobre concessões filosóficas, religiosas e não religiosas*”. (In: **I valori contraddittori sottesi alla legge sulla procreazione medicalmente assistita**, p. 150-151. Tradução Livre).

análise sejam individualmente sopesadas e contrastadas com os limites (científicos) e possibilidades (ético jurídicas) pertinentes ao contexto epistemológico em que se insere a questão.

Em um Estado democrático de Direito, calcado sobre uma ordem constitucional acolhedora da bagagem axiológica socialmente vigente – quer pela prevalência da vontade da maioria (democracia majoritária), quer pelo resguardo de interesses legítimos das minorias menos favorecidas (democracia representativa e social), nem tudo o que se pode obter em termos científicos é aceitável, socialmente legítimo, ético, devido, ou merecedor de tutela jurídica.

Por estas razões, após a apresentação de um panorama sobre o estágio de desenvolvimento da ciência da reprodução humana – sobretudo no que se refere às suas possibilidades fáticas (inseminação heteróloga, congelamento e descarte de embriões, gestação por substituição, eugenia, clonagem humana) – cumpre contrastar dialeticamente estes resultados com padrões éticos, valores sociais, parâmetros jurídicos, e, até mesmo, com alguns dos dogmas religiosos mais disseminados na cultura popular, com vistas a problematizar as condições de necessidade e legitimidade do emprego das técnicas de reprodução assistida. Para tanto, optou-se por iniciar a análise pelos parâmetros axiológicos e diretrizes éticas socialmente vigentes, para apenas a partir de então adentrar-se no universo da regulação jurídica.

Verifica-se que a enorme gama de padrões sociais extrajurídicos (éticos, morais, religiosos, políticos, etc.) conformam as possibilidades científicas de um modo não absoluto, ou seja, não operam pela lógica do “tudo ou nada” (em certa medida aplicável a determinados conflitos entre normas jurídicas), mas por uma espécie de ponderação semelhante àquela reclamada pelos princípios jurídicos. Isto ocorre, aliás, pelo fato de que nem todos estes discursos possuem a mesma força histórica ou persuasiva, tampouco representam valores e princípios socialmente pacíficos, no presente. No contexto da sociedade pluralista, o debate de questões de ordem existencial, como é o caso da reprodução humana, insere-se em uma tão complexa miscelânea discursiva e axiológica, que se mostra realmente árdua a ponderação das diferentes vertentes em conflito.

É para repensar, complementar e enriquecer este debate, seja pelo questionamento de alguns de seus pressupostos tradicionais de validade, seja pelo incremento de novos parâmetros colhidos da interdisciplinariedade, que se apresentam as seguintes questões e propostas, de índole científica, ética, moral, e até mesmo religiosa, acerca do avanço científico obtido nas técnicas de reprodução humana.

2.4.1. Aporte bioético

A reprodução humana assistida logrou exponencial desenvolvimento no século passado, o que vem se repetindo de forma amplificada no presente. Seu emprego permitiu que muitos casais portadores de severas causas de infertilidade realizassem um dos seus maiores propósitos, conforme a escala de valores vigente na maior parte das culturas: a reprodução da vida humana.

Entretanto, a expansão desta ciência não dirigiu apenas a nobres propósitos. Quer pelo emprego de *meios* notadamente desrespeitosos a princípios fundamentais da ética e da moral – tais como a tentativa de implantação de embriões humanos em animais ou “cruzamento” entre a espécie humana e outras espécies – quer pela persecução de *finalidades* manifestamente contrárias aos mais básicos pressupostos da existência humana em sociedade – como ocorre na eugenia (manipulação genética visando obter apenas descendentes dotados de um fenótipo predeterminado, tal como a cor da pele, olhos, estatura, dentre outros), no descarte injustificado de fetos já implantados, em caso de gravidez múltipla, por mera “conveniência” dos pais, utilização de embriões humanos como matéria prima na indústria de cosméticos¹⁹⁷ – a comunidade científica deparou-se com uma série de situações inusitadas e altamente polêmicas envolvendo a reprodução humana assistida.

Verificou-se que, as *possibilidades* científicas nem sempre coincidem com os *limites* éticos, morais e jurídicos. Neste campo, nem tudo o que é possível na esfera do *ser* (ciência), é devido (permitido, não proibido) ou recomendável na esfera do *dever-ser* (Ética, Moral e Direito). Esta tensão constante reclamou a ampliação do debate em

¹⁹⁷ MEIRELLES, Jussara Maria Leal de. **Gestação por outrem e determinação da maternidade: “Mãe de Aluguel”**, p. 56.

busca por soluções, de modo a agregar novos saberes ao âmbito de valoração das possibilidades obtidas pela ciência médica.

A racionalidade ontológica, própria da medicina, genética e biotecnologia não apresenta repostas suficientes às questões puramente existenciais envolvidas em seu objeto, o que reclama uma profunda intersecção de seu campo epistêmico por outras racionalidades, tipicamente deontológicas, tais como a ética, a moral e o Direito, que possam valorar e disciplinar os limites e possibilidades de atuação das primeiras, de modo a adequar seu desenvolvimento ao contexto histórico e social onde ocorrem. Não obstante, Ética, Moral e Direito não podem dispensar a presença de outros saberes correlatos na formulação de suas diretrizes. Em se tratando de reprodução humana clinicamente assistida, é imprescindível que os juízos de valor a serem formulados sobre o alcance da ciência levem em consideração o maior número possível de saberes (médicos, genéticos, psicológicos, sociológicos e, até mesmo, religiosos, pelos motivos já apresentados) para que, de forma ponderada e razoável, justifiquem sua metodologia e suas conclusões, sob pena de serem desacreditadas, na comunidade científica, por parcialidade ou outros vícios de método.

Em relação aos referidos critérios sobre os quais se deve pautar o julgamento destas questões de índole ética, Mônica Scarparo questiona: *“De quem dependem estes critérios? Das diversas igrejas ou de uma delas? Qual? Dos partidos políticos? Dos grupos de direitos humanos? Das sociedades científicas?”*; para então, ponderadamente, afirmar que *“a resposta (...) é simples e, ao mesmo tempo, muito complicada: não depende de nenhum desses grupos com exclusividade, porém de todos eles de modo participativo”*.¹⁹⁸

Neste contexto, insere-se a Bioética, a ética aplicada a questões de índole biológica¹⁹⁹, definida por Segre e Schramm como *“filosofia moral aplicada a questões*

¹⁹⁸ SCARPARO, Monica Sartori. Obra citada, p. 19.

¹⁹⁹ Conforme expõe Belmiro Pedro Welter: *“(...) para a realidade global em que vivemos, importa também uma ética global, motivo por que é preciso transnacionalizar a ética universal na reprodução humana medicamente assistida, que reclama o cumprimento de alguns princípios para garantir o bem-estar das pessoas que são os destinatários ou os participantes das pesquisas genéticas”* (In: Obra citada, p. 208).

problemáticas e conflituosas referentes a práticas sobre a vida e a saúde”,²⁰⁰ ou, ainda, em uma acepção enciclopédica, apontada como “*o estudo sistemático das dimensões morais – incluindo visão, decisão, conduta e normas morais – das ciências da vida e do cuidado da saúde, utilizando uma variedade de metodologias éticas num contexto interdisciplinar*”.²⁰¹

Pela conformação do progresso científico aos parâmetros socialmente vigentes, bem como pela aferição dos limites morais que devem ser impostos à ciência a partir da moralidade vigente em dado contexto histórico e social, a Bioética ingressa, de modo relevante, senão imprescindível, no presente debate acerca da reprodução assistida.

A partir do que foi até então exposto, cumpre destacar alguns dos principais debates instaurados no campo da moral e da bioética a respeito dos tópicos aqui abordados.

2.4.1.1. Doação de gametas:

Em termos gerais, a doação de gametas²⁰² é orientada por três princípios básicos, que são a gratuidade, o anonimato do doador e a finalidade altruística da doação, que se desdobra na exigência de status específicos, tanto para o doador (ser membro de casal fértil) quanto para os receptores (constituírem casal infértil). Em outras palavras, a doação de gametas deve ser realizada mediante cessão gratuita, anônima, de um casal fértil a outro casal infértil.²⁰³

²⁰⁰ SEGRE, Marco; SCHRAMM, Fermin Roland. **Quem tem medo das (bio)tecnologias de reprodução assistida?**, p. 49.

²⁰¹ Encyclopedia of bioethics, Introdução. apud: LEITE, Eduardo de Oliveira. **Bioética e presunção de paternidade** (Considerações em torno do art. 1.597 do Código Civil), p. 19.

²⁰² O termo é empregado para designar espermatozóides e óvulos. Em se tratando de doação anônima, recomenda-se tratamento ético e jurídico semelhantes para as duas hipóteses, especialmente no que se refere à gratuidade, anonimato e limitação do número de utilizações de gametas provenientes da mesma pessoa. (WARNOCK, Mary. Obra citada, p. 37).

²⁰³ FERNANDES, Silvia da Cunha. Obra citada, p. 41. Acrescenta a autora: “A *idéia de doação de um casal fértil a outro infértil deve sempre prevalecer na reprodução assistida; assim sendo dá-se preferência aos doadores casados que já tenham tido pelo menos um filho, sendo certo que o consentimento livre, claro, inequívoco e expresso do marido/esposa ou companheiro/companheira deve sempre existir, podendo ser revogado até o momento da realização da técnica*” (In: Ibidem).

Apesar disso, em alguns países (Estados Unidos, por exemplo), admite-se a cessão onerosa de espermatozóides, ou seja, o depositante do material genético é remunerado pelo ato de disposição, sendo estes custos posteriormente repassados aos destinatários do seu implante.

No que se refere à escolha dos doadores, especialmente de espermatozóides, a prática clínica internacional – sobretudo na França – tende a restringi-la aos candidatos com idade entre dezoito e cinquenta anos, casados e pais biológicos de pelo menos um filho, exigindo-se, ainda, a autorização expressa da esposa/companheira. Isto tem por finalidade verificar a eficiência da fertilidade do doador, eliminar aqueles que tiveram filhos portadores de doenças hereditárias e garantir uma maior dose de reflexão por parte do doador, pressupondo-se uma maior capacidade de valoração do ato por aqueles que já experimentaram a paternidade. Após esta primeira seleção, realiza-se um mapeamento genealógico e uma bateria de exames específicos, destinados à aferição da saúde dos cromossomos, existência de doenças sexualmente transmissíveis, bem como, da qualidade do material genético cedido: no caso de espermatozóides, impõe-se verificar a numeração, mobilidade e morfologia.²⁰⁴

Contudo, não há consenso entre os critérios a serem empregados na seleção de doadores e destinatários das medidas reprodutivas. Conforme relatam Snowden e Mitchell, uma pesquisa realizada na Inglaterra, envolvendo médicos especialistas em reprodução humana assistida (sobretudo na modalidade heteróloga), constatou grande variabilidade de opiniões a respeito dos parâmetros utilizados na seleção de doadores e receptores de material genético, muitas das quais fundadas em critérios tipicamente subjetivos, permeados por juízos de valor, tais como a *boa* conduta, a *boa* reputação, o *bom* nível intelectual, o caráter *agradável*, *felicidade* no casamento, dentre outros. Tais conclusões são prontamente criticadas por Eduardo de Oliveira Leite, que denuncia:

“A disparidade das respostas revela a ausência de critérios. Alguns são de ordem médica, outros, de ordem psicológica e moral. Outros se referem, ora a um só dos protagonistas da IAD, ora ao casal; alguns são atuais, outros, imprevisíveis. Tais critérios não se fundam em

²⁰⁴ LEITE, Eduardo de Oliveira. **Procriações artificiais e o Direito**, p. 35.

nenhuma medida lógica, científica ou psicológica. Eles são apenas reveladores da ideologia e da psicologia do médico que os emprega. Além disso, as mínimas garantias a serem tomadas, tanto a nível do doador, quanto do casal, não são levadas em consideração”.²⁰⁵

De fato, a escolha dos doadores e a seleção do material genético mais adequado aos destinatários, dentre aqueles depositados na instituição, são tarefas árduas e delicadas, na medida em que envolvem uma série de riscos e, inclusive, de valores existenciais em conflito, porquanto devem tais procedimentos ser rigorosamente orientados por padrões bioéticos. Dentre as várias questões constantemente levantadas acerca deste procedimento, destaca a pesquisadora Madani-Perret:

“Deve o geneticista intervir na atribuição do esperma de um doador ao casal solicitante? Se ele intervém, trata-se de um ato eugênico? A partir de qual momento um ato é preventivo ou terapêutico, e a partir de quando ele não o é mais? O geneticista deve intervir em todos os casos ou sua intervenção deve limitar-se à gravidade dos casos ou à complexidade das questões apresentadas? E em relação aos doadores: É possível aceitar doadores sem nenhuma seleção de ordem genética? Deve-se selecioná-los de forma draconiana (ou seja, diante da menor anomalia, deve-se recusar o doador)? Ou deve-se guardar uma atitude intermediária?”.²⁰⁶

No Brasil, a questão é disciplinada pelo Art. IV, inc. 6º, da Resolução 1.957/2010 do CFM, que atribui às unidades de reprodução a responsabilidade pela escolha dos doadores, que deve ser pautada pela semelhança fenotípica e imunológica entre doador e receptor, de modo a incrementar as chances de compatibilidade, não havendo previsão de restrições relativas à idade ou estado civil, tampouco exigência de paternidade anterior, como ocorre em outros países.

²⁰⁵ LEITE, Eduardo de Oliveira. Idem, p. 123.

²⁰⁶ MADANI-PERRET. Apud: LEITE, Eduardo de Oliveira. Idem, p. 62. Acrescenta este autor: “São questões desta natureza, ainda não respondidas, que denotam a complexidade das novas técnicas e o estado de perplexidade não satisfatoriamente resolvido pela prática, ou pela doutrina, **mas que revelam uma vontade deliberada de se desprender de qualquer atitude puramente dogmática**” (Grifou-se) (In: Idem, p. 62-63).

As restrições contidas na mencionada resolução se referem à vedação da doação pelos profissionais envolvidos na respectiva clínica de reprodução (inc. 7º do mesmo artigo) e à utilização de espermatozoides de um mesmo doador para mais de dois procedimentos em uma mesma área geográfica, nos seguintes termos: “*Na região de localização da unidade, o registro dos nascimentos evitará que um(a) doador(a) venha a produzir mais do que uma gestação de criança de sexo diferente numa área de um milhão de habitantes.*” (inc. 5), o que se faz necessário para se diminuir o risco de uma futura união afetiva entre consangüíneos. Neste âmbito, o comitê britânico presidido por Mary Warnock sugere que o controle de doações seja realizado a partir de uma central única, com abrangência nacional, a partir do registro de cada doador no sistema de saúde, com vistas a evitar-se que os mencionados limites de utilização do material genético de um mesmo doador venham a ser burlados pela realização de mais de uma doação, em clínicas diferentes.²⁰⁷

Sem embargo, a problemática não se esgota nos riscos de incompatibilidades fisiológicas ou de futuras uniões afetivas entre descendentes de um mesmo doador. As questões envolvendo uma espécie de “eugenia mascarada”²⁰⁸ – verificada pela seleção de gametas de celebridades ou de portadores de características socialmente desejadas, tais como habilidades intelectuais, artísticas ou esportivas – além da mercantilização das “transações” de material genético, são uma constante em outros países, especialmente nos Estados Unidos, não sendo difícil imaginar alguma sorte de irradiação de tal racionalidade em nosso país.²⁰⁹ Neste particular, Reinaldo Pereira e Silva critica a administração do banco de sêmen do Hospital paulistano Albert Einstein, que, a partir da classificação das amostras com base em características não

²⁰⁷ WARNOCK, Mary. Obra citada, p. 27.

²⁰⁸ Ciente destes riscos, Reinaldo Pereira e Silva adverte: “*No contexto da artificialização da maternidade, o diagnóstico pré-implantatório exerce uma forte atração em casais que não querem correr riscos e que buscam um “certificado de garantia” do futuro filho em conformidade com as “regras de aparência” de uma sociedade que promete segurança*” (In: Obra citada, p. 71).

²⁰⁹ A propósito, cadastros mantidos na internet por agências de recrutamento de gestantes portadoras **mediante remuneração** estão repletos de brasileiras, que, em geral, justificam a candidatura por razões de necessidade financeira. (Disponível em <<http://www.surrogatefinder.com/findsurrogates>>. Acesso em 14/07/2010, utilizando-se o critério do país de origem (Brasil) para a pesquisa de “Surrogate Mothers”).

apenas biológicas, mas também sociais, comportamentais e outras vinculadas a habilidades e títulos do doador, “*oferece publicamente inúmeras e variadas opções de escolha aos casais indiferentes ao dilema da eugenia*”.²¹⁰ Segundo noticiado pela imprensa, em 1999, “*o casal estuda as opções, faz sua escolha e, pelo equivalente a 150 dólares, adquire a amostra que dará origem a seu futuro bebê*”.²¹¹

Este quadro incrementa a relevância da bioética, com vistas ao estabelecimento de parâmetros e limites de atuação clínica na reprodução humana assistida, alguns dos quais já apresentados pela Resolução CFM n.º 1.358/1992, e corroborados pela Resolução CFM n.º 1.957/2010 que, apesar de revogar a primeira, reproduziu a quase totalidade de seu conteúdo.

Não obstante, há que se dar um passo adiante na reflexão, agora pela busca de instrumentos e mecanismos de efetivação de tais parâmetros éticos na práxis médica. Para este intento, uma alternativa que se mostra adequada é o estabelecimento da obrigatoriedade de intervenção de conselhos de medicina (CRMs e CFM, no Brasil) e comitês de bioética institucional na supervisão de todos os procedimentos a serem realizados, com o objetivo de resguardar a observância de princípios éticos e jurídicos atrelados à dignidade dos envolvidos, sobretudo no estabelecimento de critérios mais precisos e transparentes de seleção de doadores e destinatários.

Estes conselhos, na acepção de Délio José Kipper, tem quatro funções preponderantes: *consultiva*, para análise de ‘casos e prestação de assessoramento;

²¹⁰ SILVA, Reinaldo Pereira e. Obra citada, p. 311.

²¹¹ TEICH, Daniel Hessel; OYAMA, Thaís. **Em busca do bebê perfeito**: Butiques de sêmen, sexo selecionado e escolha de embriões: o Brasil entra na era dos superbebês. Consta. ainda, da reportagem:

“*Se até pouco tempo atrás se limitava ao atendimento de casais com problemas de fertilidade, hoje a medicina já presta serviços a um público bem mais diversificado. A carioca V.M., 38 anos, é solteira, e daqui a seis meses terá seu segundo filho gerado com o sêmen de um desconhecido. V., que não trabalha, mas possui boa renda própria, teve um filho à antiga, com o namorado, em 1994. O bebê morreu logo depois. Sozinha, porém decidida a ser mãe novamente, um ano depois procurou um banco de esperma, submeteu-se a uma inseminação artificial e deu à luz M.A., hoje com 3 anos. No início deste ano, achou que o garoto precisava de um irmão e nem lhe passou pela cabeça apelar para os métodos tradicionais. "Não queria engravidar de qualquer um. Preferi recorrer de novo a um banco de sêmen, porque lá sei que vou estar livre de riscos", explica. Como da primeira vez, escolheu a dedo o doador, tomando o cuidado de checar seu grau de instrução. "Pode ser preconceito, mas não queria um pai sem curso superior", diz. Optou por um veterinário de origem européia que gosta de idiomas e esportes. A gravidez corre tranqüila e a única preocupação de V. é com a hora em que terá de decidir se conta ou não às crianças a sua origem. Por enquanto, cala-se*”.

normativa, pois apesar de não poder estabelecer normas procedimentais vinculantes, pode sugeri-las aos responsáveis pela instituição; educativa, na capacitação e atualização dos profissionais de saúde e no âmbito acadêmico; funções diversas, tais como o auxílio a projetos e auxílio institucional.²¹²

Nas cessões de gametas, tão importante quanto se investigar a legitimidade da seleção dos doadores, bem como dos critérios a serem empregados nesta tarefa, é discutir a questão do anonimato, constante nos debates a regulamentos pertinentes à reprodução humana assistida.

Conforme anteriormente analisado, um dos pressupostos da doação de gametas – aplicável sobretudo à cessão de esperma para realização de inseminação artificial heteróloga, mas também possível (e recomendável) na doação de óvulos e de embriões – é o anonimato do doador. A cessão de gametas e embriões é (ao menos deveria ser) ato puramente filantrópico, destinado à satisfação de um projeto parental de beneficiários também desconhecidos pelos doadores, o que fundamenta a não incidência de quaisquer vínculos jurídicos (direitos, deveres, ônus, poder familiar) de paternidade/filiação entre os doadores e os concebidos pela inseminação.

A seu turno, o fundamento altruísta que embasa a doação,²¹³ bem como a anuência expressa do casal beneficiário acerca de todas as condições e conseqüências do ato que estão a praticar, justificam a manutenção do anonimato dos envolvidos (doador e beneficiários, uns em relação aos outros),²¹⁴ mesmo em havendo posterior arrependimento de alguma das partes. Em tal hipótese, é praticamente assente a negação da prerrogativa do casal solicitante ou do filho em ter revelada a identidade dos doadores, tampouco dos doadores em conhecer os beneficiários ou o filho gerado a partir de seus gametas. Os profissionais médicos que realizaram o procedimento, ou que se envolveram nos seus estudos preparatórios, devem assumir o dever ético e

²¹² KIPPER, Délio José. **Comissões de ética profissionais**. Comitês de bioética institucionais. Comitês de ética em pesquisa, p. 87.

²¹³ Em sentido contrário, posiciona-se Reinaldo da Silva Pereira, que discorda do consenso gerado nos meios jurídicos em torno do anonimato. Argumenta o autor: “*a doação de gametas é uma forma duvidosa de generosidade, na medida em que veda a priori direitos ao concebido artificialmente, não merecendo, portanto, o resguardo do anonimato*”. (In: **Ascendência Biológica e Descendência Afetiva**: Indagações Biojurídicas sobre a Ação de Investigação de Paternidade, p. 179).

²¹⁴ WARNOCK, Mary (Pres.) Obra citada, p. 15.

jurídico de manutenção do sigilo dos dados a que tiveram acesso, sobretudo acerca da identidade dos envolvidos.

Esta posição é confirmada pelo Comitê Britânico que ressalta que, caso não houvesse o anonimato, muitos potenciais doadores seriam desestimulados a fornecer o material à doação, cientes da possibilidade de uma futura responsabilização – inclusive financeira – pelo filho gerado a partir de seus gametas.²¹⁵

Recomenda-se o fornecimento, aos destinatários, de informações a respeito do tipo sanguíneo, saúde genética e grupo étnico a que pertence o doador,²¹⁶ para que – sem que ocorra quebra de anonimato ou seleção de doadores a partir de características específicas – possa-se evitar problemas na gravidez (tais como a eritroblastose fetal), diminuir os riscos de doenças hereditárias (com base na dominância e recessividade dos respectivos genes) e favorecer as chances de geração de filho com características semelhantes ao do grupo étnico a que pertençam os destinatários da técnica.

Como exceções à regra do anonimato, apresentam-se hipóteses em que razões clínicas ligadas a doenças hereditárias ou à necessidade de doação de órgãos com restrições relativas à compatibilidade (medula óssea, rins, células-tronco), nas quais se justifica uma quebra parcial do anonimato dos doadores, a ser procedida pelo médico, se possível, sem que os envolvidos se encontrem ou tomem conhecimento recíproco de suas identidades.

A relativização do anonimato nos casos de doação anônima de gametas será aprofundada por oportunidade da análise do direito à identidade ou ascendência genéticas.

2.4.1.2. Doação de embriões

Com vistas ao incremento da eficácia e redução dos custos envolvidos nas técnicas de reprodução assistida realizadas mediante fertilização *in vitro*, é usual que, em cada tentativa, sejam fertilizados embriões em número superior ao que será efetivamente implantado na paciente – em média, três a quatro, a depender do país (no

²¹⁵ WARNOCK, Mary (Pres.) Idem, p. 25.

²¹⁶ WARNOCK, Mary (Pres.) Idem, p. 24.

Brasil, limita-se a quatro, mas o limite variaria em acordo com a idade da mulher, por força da Resolução CFM nº. 1.957/2010) – remanescendo os demais embriões, que se denominam “excedentários”.

O destino de tais embriões é, há muito, discutido pela comunidade científica, devidamente informada pelos conselhos de ética atrelados a esta área. No Brasil, intensificou-se este debate, nos últimos anos, pelo ajuizamento de Ação Declaratória de Inconstitucionalidade em face da Lei nº. 11/105/2005, que dispõe acerca da possibilidade de pesquisa com células-tronco colhidas de embriões produzidos mediante fertilização *in vitro* que já tenham perdido sua viabilidade.²¹⁷ Apesar do julgamento de improcedência da pretensão declaratória, este processo foi marcado por rica discussão nas audiências públicas realizadas em seu curso, onde foram colhidos pareceres de representantes de diversas vertentes sociais: médicos, biólogos geneticistas, juristas e religiosos expuseram seus entendimentos acerca do tema, em uma democrática arena de debate (Supremo Tribunal Federal), sob o foco da imprensa que veiculava e debatia, em tempo real, os discursos ali produzidos.

Registra-se, ainda, um amplo debate, no campo da doutrina jurídica brasileira, sobre a possibilidade de se reconhecer o embrião humano ainda não implantado (situação diversa da experimentada pelo nascituro, cuja tutela jurídica é expressamente prevista pela legislação civil) como dotado de personalidade, direitos fundamentais e outros valores constitucionalmente relevantes (sobretudo a dignidade e a intangibilidade da vida e da integridade física).²¹⁸ Estas considerações partem de um

²¹⁷ “**Art. 5º.** É permitida, para fins de pesquisa e terapia, a utilização de células-tronco embrionárias obtidas de embriões humanos produzidos por fertilização *in vitro* e não utilizados no respectivo procedimento, atendidas as seguintes condições:

I – sejam embriões inviáveis; ou

II – sejam embriões congelados há 3 (três) anos ou mais, na data da publicação desta Lei, ou que, já congelados na data da publicação desta Lei, depois de completarem 3 (três) anos, contados a partir da data de congelamento.

§ 1º Em qualquer caso, é necessário o consentimento dos genitores.

§ 2º Instituições de pesquisa e serviços de saúde que realizem pesquisa ou terapia com células-tronco embrionárias humanas deverão submeter seus projetos à apreciação e aprovação dos respectivos comitês de ética em pesquisa”.

²¹⁸ Ver, neste sentido: LEITE, Eduardo de Oliveira. **O direito do embrião humano: mito ou realidade?** In: *Revista de Direito Civil, Imobiliário, Agrário e Empresarial*. São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 20, n. 78, pp. 22-40, out./dez. 1996.

fundamento comum, qual seja, o reconhecimento do embrião como ser vivo, e não como coisa ou amontoado de células, de modo que:

“do ponto de vista estritamente ético, em nenhum dos estágios de uma vida *“in vitro”*, o embrião pode ser tratado como coisa (como pretendem as legislações mais liberais). Ao contrário, a partir do momento em que duas células se encontram e passam a se multiplicar, quer queiramos ou não, já nos encontramos diante de um novo ser, diante de uma nova vida. **É esta vida que a ética pretende proteger; é esta vida que, independente de qualquer consideração científica, o Direito sente vocação e obrigação de proteger**”.²¹⁹

Tal como a infância, a puberdade, a juventude e a velhice, o estágio embrionário é a primeira de sucessivas fases do processo de desenvolvimento de todo ser humano,²²⁰ o que coloca em cheque o freqüente e caloroso discurso da delimitação

²¹⁹ LEITE, Eduardo de Oliveira. **Procriações artificiais e o Direito**, p. 179.

²²⁰ Na Primeira Conferência Internacional sobre aborto, realizada em outubro de 1967, em Washington, na qual se contou com representação proporcional de cada especialidade científica, grupo étnico e religião, chegou-se à seguinte conclusão: “A maioria do nosso grupo (9 para 1) não pôde achar um ponto no tempo entre a união do espermatozóide e óvulo, ou, ao menos, o estágio de blastocisto (a última parte da fertilização onde ocorre a divisão em gêmeos) e o nascimento de uma criança, em cujo ponto nós pudéssemos dizer que ali não havia vida humana. As mudanças que ocorrem entre implantação, um embrião de seis semanas, um feto de seis meses, uma criança de uma semana, ou um adulto maduro, são meros estágios do desenvolvimento e amadurecimento. (Dodson, 241).(...) Quando o espermatozóide e o óvulo se unem, inicia-se uma nova humana. Ela não existia antes. O esperma, carregado de código genético do pai, não tem vida ou função contínua além daquele único objetivo: fertilizar o óvulo. O óvulo contém o código genético da mãe e parte de seu corpo. Não é uma nova vida, e não tem outra função além de ser fertilizado. Se a fertilização (união de duas células) não se realizar, ambas as células morrerão. As células são de seres humanos, mas não são seres humanos” (tradução livre). (WYATT. Michael P. **Abortion**, p. 4-5. Disponível em <<http://www.kc-cofc.org/39th/Lectures/2000%20Manuscripts/Wyatt%20-%20Abortion.PDF>> Acesso em 11/10/2007).

Neste mesmo sentido, posiciona-se o Consiglio D’Europa, fazendo-o através de suas “Raccomandazioni”:

“Rec. n.º. 1100/1989, § 7. O embrião humano, desenvolvendo-se em fases sucessivas indicadas com diferentes definições (zigoto, mórula, blástula, embrião pré-implante, embrião, feto) manifesta, de todo modo, uma diferenciação progressiva de seu organismo, e, todavia, mantém, continuamente, a própria identidade biológica e genética.

Rec. n.º. 1046/1986, § 5. Ao fim da fecundação do óvulo, a vida humana se desenvolve em um modo contínuo, de sorte que não se podem fazer distinções durante as primeiras fases do seu desenvolvimento e se revela, portanto, necessária uma definição do estatuto biológico do embrião humano” (tradução livre). (CARBONE, Giorgio M. **Quando inizia la vita umana?** Dalla fecondazione, secondo la scienza. Disponível em <http://genova.mpv.org/news/Carbone_inizioVitaUmana.htm>. Acesso em 11/10/2007).

do início da vida, geralmente articulado sobre interesses dissociados da sua garantia e preservação, dirigidos à obtenção de autorização para pesquisas sobre embriões, a partir de seu grau de maturidade (semanas ou meses, por razões de conveniência ligadas às necessidades do pesquisador).

A partir da relevância da tutela do embrião humano, deve ser analisada a questão da sua doação como instrumento de efetivação de algumas das modalidades de reprodução assistida.

A rigor, “*enquanto a doação de óvulos é ato unipessoal, de uma mulher (doadora) a outra mulher (receptora), a doação de embriões é bilateral, de casal para casal*”.²²¹ Desta premissa surge uma outra questão que não pode ser olvidada neste debate: a possibilidade, ética e jurídica, de se procriarem embriões a partir de espermatozóides e óvulos doados por pessoas anônimas e desconhecidas entre si, para fins de implantação em uma terceira receptora. O que se pode imaginar possível, a uma primeira vista, deve ser melhor refletido a luz do critério da necessidade: diante da infinidade de embriões excedentários congelados, com plena viabilidade para implante, que se encontram depositados em instituições de reprodução assistida pelo mundo afora, subsistem razões a justificar a necessidade de se fecundar novos embriões apenas para fins de implantação (reprodução heteróloga bilateral)? A resposta negativa parece mais adequada, na medida em que, entre ambas as soluções, inexistente qualquer diferença no tocante à paternidade ou maternidade (em termos biológicos ou afetivos), pois, invariavelmente, estar-se-á utilizando de material genético advindo de terceiros, exclusivamente. A única diferença reside no fato de os gametas já haverem, ou não, sido fecundados.

De todo modo, recomenda-se que eventual doação de embriões fertilizados *in vitro* a partir de material genético de terceiros desconhecidos dos receptores seja orientada pelos mesmos princípios e submetida aos mesmos controles dispensados às técnicas de inseminação artificial heteróloga e fertilização *in vitro* com doação de óvulos.²²²

²²¹ LEITE, Eduardo de Oliveira. Obra citada, P. 63.

²²² Neste sentido: WARNOCK, Mary. Obra citada, p. 40.

2.4.1.3. Técnicas de reprodução assistida

Não faltam objeções à utilização das técnicas médicas de reprodução assistida para resolução da esterilidade. Dentre os correntes de pensamento contrárias ao seu implemento e desenvolvimento, registram-se três principais: para a primeira, diante da escassez de recursos naturais em um mundo que já se encontra super populoso, não é devida a geração voluntária de novos seres humanos (mesmo pela via natural); a segunda sustenta que a correção da esterilidade não se legitima, pois contraria a natureza e a própria vontade do Criador, cujos desígnios implicaram na geração de pessoa inapta a se reproduzir; há quem argumente, ainda, que o intento reprodutivo não passa de mero desejo, insuficiente a caracterizar necessidade ou interesse passíveis de tutela, sobretudo quando em detrimento da provisão de demandas médicas mais importantes, tais como aquelas ligadas à sobrevivência de alguém que se encontre acometido de patologia grave.

Essas objeções foram analisadas e respondidas pelo comitê britânico de pesquisadores – em conclusões passíveis de “importação” sem grandes ressalvas ao nosso contexto, eis que não fundadas apenas em pressupostos exclusivos daquela cultura – que justificaram seu posicionamento favorável à utilização das técnicas de reprodução assistida. À primeira objeção, pondera-se que, sem prejuízo de políticas de controle de natalidade, a taxa de nascimentos resultantes das técnicas de reprodução assistida, desde que devidamente regulamentadas, será sempre insignificante em face do índice de natalidade verificado na reprodução ordinária. À segunda objeção, interpela-se a ambigüidade e subjetividade do conteúdo dos termos “natural” e “sobrenatural”, bem como, a impossibilidade de se aferir com precisão o conteúdo da vontade do Criador. O terceiro argumento é refutado pela análise do papel atual da medicina, que não se presta apenas à preservação da vida e postergação da morte pelo tratamento de doenças, mas também à correção de malformações orgânicas que impeçam o pleno desenvolvimento das funções humanas naturais do indivíduo, o que

inclui a reprodução.²²³ De fato, eventuais prejuízos ao tratamento de outras patologias, decorrentes do investimento de recursos e estrutura na cura da infertilidade, hão de ser ponderados nas decisões sobre a disponibilidade e destinação de recursos, mas não detêm suficiência a tornar definitivamente ilegítima a sua realização, inclusive por meio de prestação pública; tal argumento não obsta, ainda, o funcionamento de instituições privadas de reprodução, que não se subordinam à mesma lógica da justa e equitativa distribuição de recursos ao atendimento de necessidades públicas ligadas à saúde.²²⁴

Daí porque se pode afirmar que prevalecem, em termos gerais, os argumentos favoráveis à assistência da reprodução humana, como forma de se contornar defeitos orgânicos geradores da infertilidade. Adverte-se, contudo, que tal prevalência não autoriza seu emprego indiscriminado: todo o sistema de funcionamento do instituto da reprodução humana assistida – aqui compreendida a seleção dos casos e pacientes, as possibilidades e restrições relativas às técnicas propriamente ditas (limites, proibições e recomendações), a autorização e supervisão das clínicas e dos médicos, o custeio (mesmo na esfera privada), a destinação do material genético, as consequências relativas à filiação, dentre outros fatores – há de ser **funcionalizado** por objetivos claros, ligados à supressão da infertilidade e à prevenção da propagação de doenças hereditárias (conforme será posteriormente analisado), e **delimitado** por padrões definidos pela Bioética, Moral e Direito, o que há se der operado, preferencialmente, por organismos oficiais e independentes de supervisão, que lhe confirmem validade jurídica e legitimidade social.

O recurso às técnicas de reprodução assistida é basicamente orientado por quatro princípios éticos – os três primeiros contidos no Relatório Belmont, elaborado

²²³ WARNOCK, Mary. Obra citada, p. 9-10. Nestes termos, concluem os pesquisadores: “*Nós adotamos o ponto de vista de que ações intentadas à superação da infertilidade podem, como regra, ser consideradas com substitutos aceitáveis à fertilização natural*” (In: Ibidem).

²²⁴ Conforme ponderam Marco Segre e Fermin Roland Schramm: “*Para nós, o problema bioético relativo às NTRAs deveria ser reformulado, perguntando- nos não mais se utilizar, ou não, este poder técnico-cultural para prevenir os riscos resultantes da primeira natureza humana; ou seja, aceitar isso como uma necessidade sanitária e não recusá-lo como uma futilidade, perguntando portanto como utilizar tal poder em prol de uma melhor qualidade de vida, resultante de práticas de prevenção de doenças e incapacidades funcionais, e de políticas de promoção da saúde*” (In: Obra citada, p. 45).

nos Estados Unidos, em 1978, pela “*Comissão Nacional para a Produção dos Seres Humanos da Pesquisa Biomédica e Comportamental*” (tradução do autor) após uma série de escândalos envolvendo humanos em experiências médicas não consentidas²²⁵ – a saber: beneficência, autonomia, justiça e dignidade humana.²²⁶ O primeiro diz respeito a *não-maleficência* e compreende a necessidade de uma acurada análise da relação entre riscos e benefícios em cada caso particular, de modo a não causar dano, maximizar os benefícios e evitar riscos;²²⁷ o segundo guarda pertinência com a liberdade do paciente em fornecer seu *consentimento* para a realização de qualquer procedimento, o que depende, de modo direto, da prestação de suficiente informação em linguagem inteligível, acerca das causas, riscos e consequências do procedimento adotado;²²⁸ compreendendo, ainda, a vulnerabilidade daquelas pessoas que se encontrem em estados de diminuição da autonomia, ou em desenvolvimento; o princípio de *justiça* refere-se à tutela imparcial equânime dos interesses dos particulares relativos à saúde, inclusive por parte do Estado, no implemento de políticas públicas destinadas à redução de doenças pela prevenção e tratamento de

²²⁵ SILVA, Reinaldo Pereira e. **Introdução ao Biodireito**, p. 161. Nas páginas seguintes do referido estudo, o autor problematiza a abordagem principiológica da bioética formulada sobre postulados estadunidenses, a partir da compreensão valores humanos e patrimoniais vigentes naquele país, em contraposição ao cenário europeu, concluindo pela existência de grande diversidade de premissas e de conclusões (Idem, p. 163-166).

²²⁶ “A aplicação desses quatro princípios, que sustentam o exercício da Bioética, não é uma tarefa fácil e muito menos conclusiva. Auxiliam, porém, as pessoas envolvidas numa situação de conflito a tentarem buscar as formas adequadas de ação, justificando assim o papel do Principialismo” (CLOTET, Joaquim; FEIJÓ, Anamaria. **Bioética: uma visão panorâmica**, p. 18).

²²⁷ Para Reinaldo Pereira e Silva, “a beneficência e a não-maleficência, na perspectiva de uma principiológica personalista, não podem ser senão a mais fidedigna expressão do amor”, que, “assim como o próprio universo, (...) apenas se desenvolve e se mantém através de uma perpétua descoberta” (In: **Introdução ao Biodireito**, . 71), o que, em última análise “nada mais são do que desdobramentos do reconhecimento da dignidade da pessoa humana no âmbito biomédico” (In: Idem, p. 174).

²²⁸ Neste sentido, o Código de Ética Médica (Resolução CFM nº 1931/2009) dispõe:

“**É vedado ao médico:** Art. 22. Deixar de obter consentimento do paciente ou de seu representante legal após esclarecê-lo sobre o procedimento a ser realizado, salvo em caso de risco iminente de morte”.

Conforme anota Juliana Fernandes Queiroz, da disciplina da necessidade do consentimento, consequência da evolução do Direito Médico para o Direito da Medicina, pode-se concluir que, “numa visão crescente, tem-se uma passagem, ainda que a lentos passos, de um medicocentrismo autoritário para um estado de autonomia do paciente” (In: Obra citada, p. 96).

doenças (art. 196 da Constituição Federal);²²⁹ por fim a *dignidade da pessoa humana*, princípio fundamental de nossa ordem constitucional (art. 1º, III) – que, aliás, pode sofrer graves violações pela realização de intervenções clínicas desvirtuadas das finalidades propostas pelos demais princípios, tal como ocorre nos procedimentos eugênicos, na produção indiscriminada de embriões humanos para pesquisa ou na sua realização em situações de plena desconsideração do melhor interesse daquele que está por nascer²³⁰ – incide como parâmetro de legitimidade ético-jurídica a ser observado na avaliação da possibilidade e extensão da utilização das técnicas a partir das situação em concreto, o que há de ser procedido, dentro do possível, de modo individualizado.²³¹

O princípio da beneficência prevê a necessidade de ponderação entre as chances de êxito e os riscos dos procedimentos que se pretende realizar. Posto que, na esfera privada, as técnicas de inseminação artificial são procedimentos caríssimos, é de se inquirir se, realmente, em todos os casos, a exposição das probabilidades de êxito/risco são expostas ao paciente e por ele consentidas de forma totalmente imparcial, sem qualquer influência dos custos envolvidos. Em tais casos, os propósitos existenciais dos interessados na reprodução podem ser suplantados por incapacidade financeira, ou acentuados em demasia por conta da busca do lucro, pela instituição médica escolhida para sua realização.

Ainda que se entenda que o procedimento médico envolve obrigação de meio, e não de resultado – o que isentaria o médico da responsabilidade quanto ao êxito da reprodução assistida – do princípio da não maleficência decorre, ainda, a responsabilidade civil médica (do profissional e do estabelecimento onde exerce a

²²⁹ LEITE, Eduardo de Oliveira. Obra citada, p. 210.

²³⁰ Assim dispõe a resolução CFM nº. 1.957/2010:

“I - PRINCÍPIOS GERAIS

4 - As técnicas de RA não devem ser aplicadas com a intenção de selecionar o sexo (sexagem) ou qualquer outra característica biológica do futuro filho, exceto quando se trate de evitar doenças ligadas ao sexo do filho que venha a nascer.

5 - É proibida a fecundação de oócitos humanos com qualquer outra finalidade que não a procriação humana”.

²³¹ Estes princípios estão sistematizados no Capítulo III da Resolução 196/1996, em apêndice.

profissão) pela ocorrência de danos à saúde do paciente nos casos de imperícia, negligência ou imprudência, desde que atendidos os pressupostos da responsabilidade civil médica.²³²

No âmbito do segundo princípio, é forçoso concluir-se que só há que se falar em autonomia na prestação de consentimento se o paciente houver sido suficientemente informado das causas, efeitos e riscos – clínicos, éticos, morais e jurídicos – das técnicas para as quais presta concordância. Ciente desta necessidade, o Conselho Nacional de Saúde adiciona predicados ao conceito de consentimento, que assim é delimitado pela Resolução nº. 196/1996:

“II. 11 - Consentimento livre e esclarecido - anuência do sujeito da pesquisa e/ou de seu representante legal, livre de vícios (simulação, fraude ou erro), dependência, subordinação ou intimidação, após explicação completa e pormenorizada sobre a natureza da pesquisa, seus objetivos, métodos, benefícios previstos, potenciais riscos e o incômodo que esta possa acarretar, formulada em um termo de consentimento, autorizando sua participação voluntária na pesquisa”²³³

²³² Ver, por todos: KFOURI NETO, Miguel. **Responsabilidade Civil do Médico**. 7.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

²³³ Em seu capítulo IV, dispõe esta Resolução:

“IV.1 - Exige-se que o esclarecimento dos sujeitos se faça em linguagem acessível e que inclua necessariamente os seguintes aspectos: a) a justificativa, os objetivos e os procedimentos que serão utilizados na pesquisa; b) os desconfortos e riscos possíveis e os benefícios esperados; c) os métodos alternativos existentes; d) a forma de acompanhamento e assistência, assim como seus responsáveis; e) a garantia de esclarecimentos, antes e durante o curso da pesquisa, sobre a metodologia, informando a possibilidade de inclusão em grupo controle ou placebo; f) a liberdade do sujeito se recusar a participar ou retirar seu consentimento, em qualquer fase da pesquisa, sem penalização alguma e sem prejuízo ao seu cuidado; g) a garantia do sigilo que assegure a privacidade dos sujeitos quanto aos dados confidenciais envolvidos na pesquisa; h) as formas de ressarcimento das despesas decorrentes da participação na pesquisa; e i) as formas de indenização diante de eventuais danos decorrentes da pesquisa”.

No mesmo sentido, a Convenção de Direitos Humanos e Biomedicina promulgada pelo Conselho da Europa em 1997 prevê:

“Artigo 5.º Regra geral. Qualquer intervenção no domínio da saúde só pode ser efectuada após ter sido prestado pela pessoa em causa o seu consentimento livre e esclarecido. Esta pessoa deve receber previamente a informação adequada quanto ao objetivo e à natureza da intervenção, bem como às suas consequências e riscos. A pessoa em questão pode, em qualquer momento, revogar livremente o seu consentimento”.

Conforme destaca Juliane Queiroz, o termo de consentimento informado deve observar cinco pressupostos essenciais, que são: a *capacidade* civil ou competência; *informações* suficientes e em linguagem clara e acessível ao declarante, sobretudo acerca dos riscos; *compreensão*, que demanda, via de regra, mais de uma entrevista para esclarecimento e garantia de suficiente período de reflexão ao interessado; *voluntariedade*, pela ausência de qualquer coação física, moral ou psíquica, mesmo aquelas mais sutis; consentimento propriamente dito, que consiste na autorização, destacando-se sua plena revogabilidade.²³⁴

Todavia, a práxis demonstra que nem sempre os envolvidos são suficientemente esclarecidos acerca das consequências – sobretudo jurídicas – de seus atos. Como exemplo, cita-se que, ao contrário do que ocorre em outros países – tais como a França, em que todo o processo é necessariamente supervisionado por uma comissão interdisciplinar de profissionais (médicos de diversas áreas, psicólogos, assistentes sociais), garantindo-se um nível superior de informação pelos envolvidos – no Brasil é comum considerar-se válido o consentimento prestado mediante simples assinatura em formulário padrão, no qual o interessado declara estar ciente de todas as condições clínicas e procedimentais atinentes à técnica que nele será empregada, sem que lhe sejam prestadas informações inteligíveis e adequadas a seu nível de compreensão.²³⁵

²³⁴ QUEIROZ, Juliane Fernandes. Obra citada, p. 98-99.

²³⁵ A Resolução CFM 1.358/1992 regulava da seguinte maneira o consentimento informado: **“I - PRINCÍPIOS GERAIS (...) 3 - O consentimento informado será obrigatório e extensivo aos pacientes inférteis e doadores. Os aspectos médicos envolvendo todas as circunstâncias da aplicação de uma técnica de RA serão detalhadamente expostos, assim como os resultados já obtidos naquela unidade de tratamento com a técnica proposta. As informações devem também atingir dados de caráter biológico, jurídico, ético e econômico. O documento de consentimento informado será em formulário especial, e estará completo com a concordância, por escrito, da paciente ou do casal infértil”**. (Grifou-se).

Conforme denuncia Eduardo de Oliveira Leite, esta primeira resolução privilegiou demasiadamente a liberdade de disposição dos companheiros, mas não se ateve a um controle ético heterônomo. Em suas palavras: *“a Resolução tomou a cautela do consentimento do casal (indispensável nestas matérias e prevista em quase todos os trabalhos atuais que versam sobre o tema), mas descuidou-se da interferência e controle de um Comitê de Ética, fundamental em assunto tão delicado, conforme tem demonstrado a experiência legislativa mais elaborada dos países europeus e australianos”* (In: Obra citada, p. 173).

Posteriormente, a questão dos formulários de consentimento em pesquisas biomédicas – no que se pode incluir os destinados à reprodução assistida – veio a ser disciplinado pela Resolução nº. 196/1996 do Conselho Nacional de Saúde, que acrescentou a necessidade de submissão de seus termos a um Comitê de Ética:

A importância da informação plena e suficiente à prestação do consentimento, ganha relevo nas hipóteses de doação de óvulos e transferências de embriões, na medida em que o procedimento clínico utilizado para sua retirada (envolvendo anestesia local ou geral) implica em uma série de riscos à doadora, que deve ser previamente orientada a este respeito, para que, apenas quando ciente das circunstâncias, preste um consentimento realmente livre.²³⁶

Para a fertilização *in vitro*, procedimento em que, via de regra, são fertilizados embriões em número superior ao efetivamente implantado na receptora, a Resolução 1.957/2010 do Conselho Federal de Medicina prevê a necessária manifestação de vontade dos companheiros quanto ao destino destes embriões excedentários, especialmente em caso de superveniência de divórcio ou causas que impeçam uma futura manifestação de vontade (doenças graves ou falecimento).²³⁷ A Resolução anterior (CFM nº 1.358, atualmente revogada), previa a impossibilidade de simples eliminação dos embriões (Artigo V, inciso 2), bem como, a obrigatoriedade do consentimento informado do casal para destinação do embrião a pesquisas (Artigo VI, inciso 2) o que não foi mantido no texto do estatuto atual.

Eventual proibição à destruição, aliada ao fato de que o embrião não suporta criopreservação superior a vinte anos – tempo no qual ocorre a perda de sua capacidade de desenvolvimento – implicará, nas hipóteses em que o casal não consinta

“IV. 2 - O termo de consentimento livre e esclarecido obedecerá aos seguintes requisitos: a) ser elaborado pelo pesquisador responsável, expressando o cumprimento de cada uma das exigências acima; b) ser aprovado pelo Comitê de Ética em Pesquisa que referenda a investigação; c) ser assinado ou identificado por impressão dactiloscópica, por todos e cada um dos sujeitos da pesquisa ou por seus representantes legais; e d) ser elaborado em duas vias, sendo uma retida pelo sujeito da pesquisa ou por seu representante legal e uma arquivada pelo pesquisador”.
Em 2010, por ocasião da edição da nova Resolução (CFM nº 1.957/2010), a redação do artigo I, inc. 3º da Resolução anterior foi mantida em sua integralidade.

²³⁶ Na aceção de Joaquim Clotet: Consentimento informado é “*decisão voluntária, verbal ou escrita, protagonizada por uma pessoa autônoma e capaz, tomada após um processo informativo, para a aceitação de um tratamento específico ou experimentação, consciente de seus riscos, benefícios e possíveis consequências*”. (Apud: PITHAN, Livia Haygert. **O consentimento informado como exigência ética e jurídica**, p. 138).

²³⁷ “V - CRIOPRESERVAÇÃO DE GAMETAS OU PRÉ-EMBRIÕES (...) 3 - No momento da criopreservação, os cônjuges ou companheiros devem expressar sua vontade, por escrito, quanto ao destino que será dado aos pré-embriões criopreservados em caso de divórcio, doenças graves ou falecimento de um deles ou de ambos, e quando desejam doá-los”.

com a destinação dos embriões excedentários à pesquisa, no eterno congelamento do embrião, que invariavelmente ocasionará sua natural e progressiva perda de aptidão para a vida. Em outros termos, “*A não concordância do casal relativamente à “intervenção”, provoca, a longo prazo, quer queiramos ou não, a condenação do pré-embrião criopreservado, à destruição*”.²³⁸

A questão do consentimento e de sua extensão ganhou relevo na mídia internacional por volta de 1998, quando a Corte de Apelação do Estado de Nova Iorque enfrentou o caso *Kass vs. Kass*: trata-se de casal que, na constância da união, havia realizado fertilização *in vitro* a partir de material genético oriundo de ambos os cônjuges, donde foram originados alguns embriões que permaneceram criopreservados em depósito na instituição clínica que realizou o procedimento; após algumas tentativas frustradas de implantação dos embriões, o casamento foi dissolvido pelo divórcio; posteriormente, a ex-esposa ingressou em juízo pretendendo autorização para implante dos embriões congelados, argumentando ser também sua “proprietária”, especialmente por força do consentimento prestado por ambos à época da fertilização, em cujo termos havia, inclusive, previsão acerca de um possível futuro divórcio.²³⁹

²³⁸ LEITE, Eduardo de Oliveira. Obra citada, p. 173.

²³⁹ O consentimento foi manifestado expressamente por meio de formulário padrão, nos seguintes termos:

“1. Nós consentimos com a fecundação de tantos óvulos quanto forem medicamente determinados pelo nosso clínico de fertilização in vitro. Se forem fecundados mais óvulos do que possam ser transferidos durante este ciclo de fertilização in vitro, nós autorizamos o programa de fertilização in vitro a tomar as seguintes ações (escolha uma): (a) os óvulos excedentes devem ser inseminados e criopreservados para possível uso, por nós, em um futuro ciclo de fertilização in vitro. Nós entendemos que nossa escolha por esta opção requer que completemos um Formulário Adicional de Consentimento para Criopreservação”.

Para os embriões excedentários previu-se, expressamente: *“Nós consentimos na criopreservação de todos os pré-zigotos que não forem transferidos neste ciclo de fertilização in vitro, para possível uso, por nós, em um ciclo futuro. Em caso de não mais desejarmos iniciar uma gravidez ou nos tornarmos incapazes de decidir acerca de nossos pré-zigotos armazenados, nós agora indicamos nosso desejo de sua disposição, e autorizamos o programa de fertilização in vitro a (escolha uma): (b) nossos pré-zigotos congelados devem ser examinados pelo programa de fertilização in vitro para estudos biológicos, e ser disposto pelo programa para investigação em pesquisa aprovada, conforme determinado pelo programa”* (Grifou-se).

Houve, ainda, expressa disposição quanto à possibilidade de um futuro divórcio, remetendo-se a delimitação da “propriedade” sobre os embriões à apreciação judicial:

“Em caso de divórcio, nós entendemos que a propriedade legal de qualquer pré-zigoto armazenado deve ser determinado em uma liquidação judicial de propriedade (“property settlement”), a ser processada e decidida por ordem de uma corte de jurisdição competente. Em caso de, por alguma

O julgamento da questão contava com precedente da Corte Recursal do Tennessee que, em hipótese semelhante decidida em 1992, havia assegurado ao divorciado o direito à destruição dos embriões criopreservados, cuja manutenção era pretendida pela ex-mulher, para futura implantação. Contudo, esta não foi a tese que prevaleceu em Nova Iorque.

A sentença, proferida na primeira instância pelo magistrado Antony Roncallo, baseou-se na premissa deque os direitos do homem sobre o seu material genético terminam no momento da ejaculação, não havendo “*qualquer razão legal, ética ou lógica para que uma fertilização in vitro sirva de fundamento a qualquer direito adicional reconhecível ao marido*”, já que “*num nascimento natural, as cortes sempre reconhecem às mães o controle legal sobre o feto; elas, assim, devem ter o mesmo poder sobre os embriões produzidos pela fertilização in vitro*”.²⁴⁰ Em sede recursal, esta posição sofreu reforma parcial, deferindo-se o direito da autora sobre fundamentos diversos, tais como os direitos da personalidade dos pais e ausência de domínio do réu sobre o produto de sua doação, sem que, contudo, fosse discutida a existência de direito dos embriões à vida.

Logo que publicada pela imprensa, a decisão causou grande perplexidade, especialmente pela comunidade masculina, que se sentiu invadida em sua esfera de direitos, sobretudo patrimoniais. Para agravar a discussão, logo que obteve êxito na causa, a advogada da autora proferiu entrevista afirmando que, uma vez realizada a técnica, o doador do material genético seria demandado pelo pagamento de alimentos ao seu “filho”.²⁴¹

A decisão foi substancialmente calcada no instituto jurídico da propriedade, reconhecendo-se que os embriões congelados “pertenciam” à ex-mulher, e não ao seu ex-marido. Isso revela uma racionalidade tipicamente estadunidense – refutada por boa parte da doutrina bioética e jurídica e contemporânea – que compreende o embrião não

razão, decidirmos por não mais iniciar uma gravidez, nós entendemos que deveremos determinar a disposição de nossos pré-zigotos congelados, remanescentes em depósito”. (Tradução livre do autor). (BRANDESLAW. **New York Divorce and Family Law**. Disponível em <<http://www.brandeslaw.com/NewsPage/kass.htm>>. Acesso em 06/01/2010).

²⁴⁰ MESTIERI, João. **Embriões**, p. 43.

²⁴¹ MESTIERI, João. *Ibidem*.

como um ser humano em estágio inicial de desenvolvimento, mas sim como uma *coisa* passível de posse ou apropriação, um objeto do exercício de poderes inerentes aos direitos reais de domínio, tais como o uso, a disposição, a cessão (inclusive onerosa) e até mesmo a destruição, ao alvitre exclusivo da vontade de seu proprietário.²⁴²

Impõe-se questionar para negar o tratamento ético ou jurídico do embrião como se fosse coisa, de modo a conformar os limites e possibilidades da intervenção clínica em acordo com a real natureza do “objeto” que se está a tratar: um ser humano em estágio inicial de desenvolvimento, dotado, em termos rigorosamente éticos, das mesmas prerrogativas inerentes a qualquer outra pessoa, sobretudo a dignidade.

A comunidade jurídica deste mesmo estado norte americano enfrentou novamente a questão do destino de embriões congelados na constância do casamento, após o divórcio. Nesta oportunidade (Caso Davis v. Davis v. King., da Circuit Court for Blount County, Tennessee, em Marville, Equity Division I, case nº. E-14496), a posição anteriormente tomada por aquele tribunal foi completamente revista, pautando-se esta decisão sobre as seguintes premissas:

- “(2) Os sete embriões preservados são embriões humanos. (...)”
- (4) **O termo pré-embrião não é aceitável** e apenas serve a uma falsa distinção entre os estágios de evolução do embrião humano. (...)”
- (6) **Embriões humanos não são propriedade.**
- (7) **A vida humana começa com a concepção.**
- (12) É manifestamente do **melhor interesse da criança** ou crianças, in vitro, que a sua mãe, Sra. Davis, venha a ter a oportunidade de levá-los a termos através da implantação uterina”.²⁴³

O *princípio da justiça* refere-se à extensão igualitária do procedimento a todos os necessitados, cuja realização incumbiria ao Estado, por meio de políticas públicas

²⁴² Tal conclusão é confirmada por Jussara Meirelles, que denuncia: “*Em várias oportunidades de aplicação das técnicas de reprodução assistida, a pessoa humana, em etapa incipiente de desenvolvimento, passou a ser designada como coisa*”: no caso dos embriões, seu congelamento e conservação servem para “*caso seja “conveniente”, virem a ser “aproveitados” em futuras gestações ou para investigações científicas; se já não forem “úteis”, os técnicos “se desfazem” deles, assim como daqueles que apresentem anomalias. As expressões salientadas (“conveniência”, “aproveitamento”, “utilidade”...) evidenciam a designação de coisas e não de seres humanos*”. (Grifou-se) (In: **Gestação por outrem e determinação da maternidade**: “Mãe de Aluguel”, p. 56).

²⁴³ MESTIERI, João. Obra citada, p. 43.

de saúde. Tal princípio deve ser necessariamente analisado no âmbito da tensão entre a existência de um direito fundamental à saúde e ao planejamento familiar (arts. 6º, *caput* e 227, §6º da CF) e a reserva do possível, que demanda eleição de prioridades no emprego dos recursos públicos, também na área de saúde.

É importante ressaltar, que, tal como ocorre com a solução da infertilidade, o controle da natalidade também é uma relevante questão de ordem pública. Nas últimas décadas, ocorreu um incremento da natalidade das classes sociais menos favorecidas (inclusive por mães de tenra idade, muitas recém-adolescentes) em índices muito superiores à média da sociedade em geral, o que se pode atribuir à falta de informação e de acesso a métodos contraceptivos. Tal constatação demandou investimento de recursos públicos na área de educação e de saúde, destinados a ampliar o acesso de todos a informações adequadas e instrumentos contraceptivos suficientes ao planejamento familiar saudável, sobretudo em regiões de baixa renda.

Assim, tal como ocorre na resolução de outras questões envolvendo aplicação de recursos públicos no campo da saúde – disponibilização de medicamentos e tratamentos notadamente onerosos – a discussão deve afastar-se da precipitação de se considerar absoluto algum dos elementos em questão (por um lado o direito à saúde, por outro a escassez de recursos – interesses afetos às dimensões privada e pública, respectivamente) para que seja construída uma resposta eficiente e adequada a ambas as esferas, no seio da prática, mediante ponderação dos diversos interesses em conflito através dos parâmetros da racionalidade e proporcionalidade, sem jamais olvidar-se da dimensão da relevância gozada, em nossa ordem constitucional, pelos interesses inerentes à pessoa humana e a sua dignidade (quarto dos referidos princípios).

Além da seleção de doadores (abordada no tópico anterior), a seleção dos destinatários da técnica é outra variável que deve ser profundamente refletida, à luz dos pressupostos ora apresentados. Conforme ocorre em boa parte dos países, a responsabilidade pela seleção (aprovação ou recusa) dos pacientes interessados é atribuída aos centros de reprodução humana assistida, o que se realiza mediante critérios clínicos, biológicos e, até mesmo, sociais.

“Nós reconhecemos que isto irá colocar uma pesada carga de responsabilidade no consultor individual que deverá fazer julgamentos sociais que vão além dos puramente médicos, nos tipos de casos que discutimos. Nós ponderamos, até onde isto nos foi possível, pela definição dos mais amplos critérios sociais a serem empregados pelos consultores, juntamente com seus colegas profissionais, para decidir se o tratamento da infertilidade deveria ser proporcionado a um paciente particular. Nós decidimos que não foi possível compor critérios compreensivos e sensíveis às circunstâncias de cada caso”.²⁴⁴

Da possibilidade de recusa médica quanto à realização do procedimento em favor de casal interessado – situação que pode ocorrer nos casos em que os médicos verifiquem que, segundos seus critérios, o deferimento da medida não é a melhor solução à satisfação dos interesses dos próprios interessados, de sua família ou, principalmente, da criança que há de ser assim gerada²⁴⁵ – resultam, inevitavelmente, conflitos de interesses. Conforme relata o Georges David, fundador dos centros franceses de reprodução humana assistida (“*Centre d’Étude et de Conservation des Oeufs et du Sperme*” – CECOS):

“Alguns casais a quem recusamos doação de esperma se indagam alegando ‘baseados em que direitos os CECOS se arrogam o poder de dispensar ou não o direito de ter um filho? Se não tivéssemos sofrido esta desvantagem patológica, teríamos engendrado um filho e, até prova em contrário, não há necessidade de um *brevet* ou autorização para se ter uma criança”.²⁴⁶

Diante deste conflito, os médicos posicionam-se, com firmeza, pela manutenção deste poder de seleção dos pacientes, sob o fundamento de que detém responsabilidade sobre a preservação dos interesses e garantia das melhores condições à futura criança, cujos interesses preponderam sobre os do casal solicitante. Todavia, em caso de indeferimento, mostra-se indispensável a exposição detalhada de todos os motivos

²⁴⁴ WARNOCK, Mary (Pres.). Obra citada, p. 12.

²⁴⁵ WARNOCK, Mary (Pres.). Obra citada, p. 12.

²⁴⁶ DAVID, George. *L’insemination artificielle: état de la science et problématique médico-psychologique*. Apud: LEITE, Eduardo de Oliveira. **Procriações artificiais e o Direito**, p. 100.

acolhidos para justificaram o entendimento do médico pelo não cabimento da medida, com vistas à garantia da possibilidade o paciente contestá-lo, colher uma segunda opinião com outro profissional, ou, ainda, submeter a questão à apreciação do Poder Judiciário.

Reafirma-se a importância de um intenso controle bioético por organismos independentes, destinados ao estabelecimento de critérios equânimes de seleção de pacientes a serem submetidos às técnicas. Conforme apontam os pesquisadores britânicos, que concordam com a atribuição, ao médico, do poder decisório quanto ao tratamento da infertilidade, “*médicos e cientistas trabalham no interior da moral e da moldura legal determinada pela sociedade*”, pelo que “*eles não podem e não devem se afastar radicalmente desta moldura*”, o que remete à conclusão de que “*os interesses daqueles diretamente afetados, bem como os da sociedade em geral, demandam que certas garantias éticas e legais devem ser aplicadas*”,²⁴⁷ o que melhor se realiza por supervisão heterônoma.

Esta supervisão incrementa, inclusive, a legitimidade da seleção, quando realizada pela instituição clínica, pois não se está mais a operar com critérios subjetivamente eleitos pelos médicos, mas com parâmetros éticos e jurídicos formulados com base na moral vigente em dada cultura.

2.4.1.4. Inseminação artificial homóloga por ICSI

Como visto acima, a injeção intracitoplasmática de espermatozóide é uma variação da fertilização *in vitro* que consiste na introdução direta do espermatozóide no núcleo do óvulo feminino, sendo geralmente prescrita para os casos de hipo ou infertilidade masculina decorrentes de dificuldades estruturais, quantitativas ou de mobilidade dos espermatozoides.

Apesar de a causa da infertilidade estar, a rigor, ligada ao homem, a indução à ovulação, coleta dos óvulos e sua posterior reintrodução cirúrgica no ventre feminino são intervenções médicas que acarretam para a paciente – que, pessoalmente, não

²⁴⁷ WARNOCK, Mary. Obra citada, p. 75.

detém qualquer sorte de infertilidade – os mesmos riscos de qualquer procedimento de fertilização *in vitro*.

Contudo, nesses casos, a submissão da paciente aos riscos de intervenção necessária a driblar causas de infertilidade de seu cônjuge justifica-se pelo suporte de solidariedade que recomenda desconsiderar-se a busca pela imputação de culpa pela incapacidade de gerar, superando-se a noção de infertilidade individual, pelo conceito de esterilidade conjugal. Submetendo seu corpo saudável a intervenções médicas de risco para resolver a infertilidade do casal, a mulher tem reforçado seu papel social atrelado à reprodução e à solidariedade familiar.²⁴⁸

2.4.1.5. Inseminação artificial e fertilização *in vitro* heterólogas

Em ambos os casos, utiliza-se material genético cedido por doador anônimo, para fertilizar (ou ser fertilizado, no caso de doação de óvulo) por gametas colhidos do cônjuge fértil. A rigor, não há diferenças significantes, em termos éticos e jurídicos, entre o que se denomina inseminação artificial heteróloga (realizada a partir de sêmen de doador anônimo) e fertilização *in vitro* heteróloga unilateral, realizada a partir de óvulo doado por terceira anônima. Ciente desta semelhança, o Conselho Britânico traçou a seguinte recomendação:

“Nós recomendamos que a doação de óvulo seja aceita como uma técnica reconhecida no tratamento da infertilidade e sujeita ao mesmo tipo de licença e controle que temos recomendado para regulação da inseminação artificial heteróloga e fertilização *in vitro*. Os princípios de boa prática que já consideramos em relação a estas outras técnicas deveriam aplicar-se, incluindo o anonimato do doador, limitação do número de crianças nascidas a partir dos óvulos do mesmo doador em dez, abertura com a criança sobre sua origem genética, disponibilização de aconselhamento para todas as partes e consentimento informado”.²⁴⁹

²⁴⁸ A questão não é pacífica. A partir da relativização dos conceitos de infertilidade individual e esterilidade conjugal, Marilena Corrêa pondera: “*tal argumento não anula a possibilidade que se interogue, novamente, pela eticidade da aceitação, por parte do corpo médico, em promover intervenções de risco sobre mulheres saudáveis*” (In: Obra citada, p. 77).

²⁴⁹ WARNOCK, Mary. Obra citada, p. 37.

Não se pode olvidar que estas técnicas carregam uma série de implicações psicológicas e sociais atreladas à cultura familiar da monogamia, sobretudo pelo fato de estar envolvido o material genético de terceiro, estranho ao casal. Estas e outras circunstâncias levam 50% dos pacientes, em média, a rejeitar a sua utilização.²⁵⁰

Alguns autores opõem-se à reprodução assistida heteróloga (com doação de espermatozoides ou de óvulos), sob o argumento de que a introdução de gametas de um terceiro no domínio exclusivo do casal caracterizaria adultério, violando-se os preceitos básicos sobre os quais se estruturam o casamento e a família, nos moldes tradicionais.²⁵¹ Contudo, tal argumento não prospera, na medida em que, para que se pudesse cogitar o adultério, seria necessário que, no mínimo, existisse alguma sorte de intenção de aproximação afetiva de um dos cônjuges em relação ao amante, com quem mantinha, ou desejaria manter relacionamento sexual extraconjugal. Evidentemente, isso não ocorre na inseminação heteróloga, em que não há qualquer intercursos sexual entre doador e receptor, até porque sequer são reveladas as identidades dos participantes, *entre si*. Pela mesma razão, tampouco há que se falar em adultério casto – estabelecimento de contatos amorosos entre cônjuge e amante, limitados a trocas de carícias e gestos de afeto, sem que ocorra contato sexual (requisito do adultério, propriamente dito). No procedimento de inseminação heteróloga resguardada pelo sigilo, não se faz possível o estabelecimento de qualquer comunhão de afeto ou interesses entre doador e beneficiários.

Além disso, o consentimento do outro cônjuge é requisito indispensável à sua realização e a sua participação direta em todas as fases do procedimento é altamente recomendada – pois se trata do seu próprio projeto parental, a ser realizado no seio da sua comunidade afetiva em um processo calcado na solidariedade e cumplicidade entre os companheiros – o que descaracteriza qualquer “traição” de sua confiança legítima, ou violação dos deveres de fidelidade conjugal.

²⁵⁰ LEITE, Eduardo de Oliveira. Obra citada, p. 39.

²⁵¹ A rigor, esta discutível modalidade de adultério ocorreria sob a forma casta, que compreende o estabelecimento de contatos amorosos entre cônjuge e amante, limitados a trocas de carícias e gestos de afeto, sem que ocorra contato sexual (requisito do adultério, propriamente dito).

Por fim, há que se ressaltar a recomendação, vigente em diversos países, de restrição da possibilidade de doação de esperma apenas a homens casados. Nesta circunstância, não se identifica apenas um *homem doador*, mas um *casal doador*, munido de solidário desejo de realizar ato de altruísmo em benefício de terceiros desconhecidos, com vistas a lhes sanar o problema da esterilidade. O mesmo poderia ser estendido à doação de óvulos, com vistas à realização das mesmas finalidades.

Não se sustenta, assim, a tese de que a participação do terceiro doador implica em ameaça à estrutura do casamento, pois “*se a decisão de recorrer à técnica é decidida de comum acordo e corresponde a um projeto parental, não há como sustentar a afirmativa*”, ou seja, “*não há nenhuma ameaça, ao contrário, o projeto demonstra profundo entendimento e total solidariedade*”.²⁵²

Por esta razão, mais um a vez prosperam os argumentos favoráveis ao emprego das técnicas, desde que, obviamente, observados rígidos parâmetros éticos, morais e jurídicos.

2.4.1.6. Gestação por substituição

Esta se apresenta como uma das mais complexas técnicas de reprodução assistida. Todavia, tal complexidade não se localiza na esfera clínica ou científica – até porque o seu procedimento é relativamente simples em comparação a outros de frequente utilização – mas na dimensão subjetiva dos envolvidos. Mediante inversão dos postulados de maternidade vigentes até então na cultura da maioria dos povos, segundo os quais a mãe é aquela que dá a luz ao “seu” filho – o que culminou no brocado jurídico “*mater sempre certa est*”, presente também em boa parte dos ordenamentos jurídicos, inclusive no nosso – a gestação por substituição inaugura uma espécie de relação obrigacional cujo objeto é a entrega de um ser, de uma vida recém trazida a lume, por parte daquela que albergou o filho em seu ventre durante nove

²⁵² LEITE, Eduardo do Oliveira. **Procriações artificiais e o Direito**, p. 157. Há autores que sustentam que, na ausência do consentimento do outro cônjuge, tanto a doação de sêmen pelo homem quanto a implantação de esperma de doador pela mulher caracterizam conduta desonrosa, injúria grave capaz de justificar a dissolução do matrimônio. (HATEM, Daniela Soares. Obra citada, p. 208).

meses de gestação, por força de um pacto inicialmente celebrado com um casal interessado.

A gestante portadora, imersa em uma cultura que reconhece a maternidade a partir da gestação e do parto, tem de conviver com a ideia segundo a qual, assim que levada a termo a gravidez, deverá entregar o recém-nascido aos seus “verdadeiros pais”, negando qualquer impulso psíquico de apego ao bebê. Isto se agrava quando a portadora é parente ou integrante do meio social próximo ao da doadora do material genético, hipótese em que desaparece o anonimato. Contudo, no Brasil, restringe-se a técnica justamente às hipóteses em que a interessada e a portadora sejam vinculadas por parentesco de até segundo grau (art. VII, inc. 1º da Resolução CFM nº. 1.957/2010). É evidente a grande probabilidade da ocorrência de conflitos de interesses entre os envolvidos, sobretudo pela proximidade do convívio.

Questiona-se: durante a gestação, terá esta mulher suficiente estrutura psicológica para bem vivenciar todos os tradicionais processos de interação subjetiva, típicos de uma gravidez, com todos os que com ela convivem nos ambientes familiar, de trabalho e social – tais como votos de felicidades e de “parabéns mamãe”, elogios, presentes, “chás de bebê” e outros? Dias após nascida a criança, como esta mulher explicará ao mundo as razões pelas quais, não traz mais o bebê consigo? O esclarecimento de que a gravidez não é para si, mas para outrem, seria um dever ético da portadora para com terceiros? E após a gestação, será esta mulher capaz de exercitar suficiente desapego para, sem sofrimento ou hesitação, entregar o filho, que acabou de dar à luz, aos pais solicitantes? Esta obrigação contratual condiz com os princípios da dignidade humana e da indisponibilidade dos direitos da personalidade?

Sem embargo, trata-se de questões difíceis, nem sempre representadas em sua plenitude por aqueles que aderem a esta técnica, por ignorância ou por impulsos emocionais atrelados à frustração do desejo de procriar (pelos pais), ao ímpeto de solidariedade e benevolência (por parte da gestante portadora na modalidade gratuita) ou pela busca do lucro (na modalidade onerosa, vedada no Brasil, mas difundida em outros países, inclusive com a participação de candidatas brasileiras).

Para acrescentar quesitos de ponderação a este debate, Eduardo de Oliveira Leite enuncia:

“A gravidez é vivida – pela maioria das mulheres – como um período de feliz plenitude. Imagine as sensações vivenciadas pela mãe de substituição durante nove meses sabendo que no término da gravidez terá de enfrentar o doloroso momento da entrega de um ser que, naturalmente, lhe pertence. Até que ponto é justificável a entrega desta criança? E o cônjuge e os filhos da mãe substituição, como acreditar que eles aceitam bem esta gravidez que lhes é estrangeira? Como convencê-los a encarar com naturalidade que ela carrega um bebê que será abandonado a outro casal, ao final de 9 meses?”²⁵³

Não raras são as hipóteses em que o plano inicial não chega ao seu termo de forma pacífica, quer pela rejeição do casal interessado, quer pela recusa da entrega da criança pela gestante, que, durante a gravidez criou – e nem era de se esperar o contrário – fortes laços afetivos com o feto a quem deu a luz, passando a considerá-lo um filho seu.²⁵⁴

Além dos problemas afetos aos adultos envolvidos, há que se atentar à questão da preservação e satisfação do melhor interesse do filho que há de ser gerado. Neste âmbito, a psicologia vem avançando nas pesquisas tendentes a demonstrar as ligações psicológicas estabelecidas entre mãe e feto durante a gestação, havendo-se verificado que, mesmo nos casos de abandono com imediata adoção, a frustração da convivência do filho com aquela que lhe deu a luz acarreta-lhe uma série de prejuízos de ordem psicológica. Constatou-se, ainda, que a participação paterna no acompanhamento da gravidez – impossível ou pouco provável nos casos de gestação por substituição – é igualmente percebida pela *psiqué* do embrião em desenvolvimento, contribuindo à sua boa estruturação emocional. Com efeito, “*são dados que não podem ser*

²⁵³ LEITE, Eduardo de Oliveira. **Procriações artificiais e o Direito**, p. 68.

²⁵⁴ Nos Estados Unidos, o caso “Baby M” – no qual um casal de cientistas, que contratou uma enfermeira para portar seu filho por conta da fragilidade da saúde da esposa, teve de recorrer a Justiça, onde obteve sentença favorável, para coagir a gestante, que inicialmente havia recusado a entrega do bebê por motivos de ordem emocional e afetiva, a fazê-lo, com base na validade do contrato e no melhor interesse do filho, privilegiado pela sua criação em um lar financeiramente mais abastado – recebeu tamanha atenção que inspirou a produção de um filme, dirigido por James Steven Sadwith e lançado em 1998 com o mesmo nome. (Sobre o filme: <<http://www.imdb.com/title/tt0094696/>>. Acesso em 14/072010).

*desconsiderados, sob risco de não se estar respeitando o melhor interesse da futura criança”.*²⁵⁵

Há que se pensar, ainda, no problema da castidade da portadora: como se há de ter certeza de que a implantação do embrião ou a inseminação artificial funcionaram, ou seja, que o filho que se encontra em seu ventre é realmente fruto do material genético do casal interessado, sobretudo nos casos em que a portadora seja casada ou esteja mantendo relações sexuais com outros parceiros? O anonimato também resta relativizado na gestação por substituição, sendo difícil imaginar a sua manutenção diante da prévia estipulação contratual das obrigações a que se comprometem os envolvidos.

Por estas razões, gestação por substituição é proibida – sobretudo quando se estipula remuneração pelo “aluguel” do útero – ou extremamente restrita em boa parte dos países europeus, o que se opera pelo não reconhecimento de eficácia ao contrato que assim disponha.²⁵⁶ Nos Estados Unidos há uma postura de maior liberalidade no emprego da técnica, dando-se prevalência – inclusive em sede jurisdicional – à prevalência da vontade manifestada pelos contratantes,²⁵⁷ o que acaba levando muitos estrangeiros a buscarem o recurso naquelas terras, ou a se socorrer de cadastros internacionais de mães por sub-rogação, integrados por muitas brasileiras, inclusive.²⁵⁸ No Brasil, como visto, seu emprego subordina-se aos poucos parâmetros dispostos pela Resolução 1.358 do Conselho Federal de Medicina.

²⁵⁵ LEITE, Eduardo de Oliveira. **Procriações artificiais e o Direito**, p. 190.

²⁵⁶ LEITE, Eduardo de Oliveira. *Idem*, p. 194.

²⁵⁷ Especificamente, “26 estados têm leis que, de alguma maneira, tratam da maternidade por substituição (“surrogacy”). Cinco deles avistam, na verdade, a criminalização da prática. São eles: AZ, MI, NY, UT, WA, bem como DC. Os outros estados tem leis que dizem que os contratos de maternidade por substituição são inválidos, que elaboram mecanismos para aprovar os contratos, ou que regulam o pagamento de taxas às gestantes”. (Disponível em <<http://www.surrogatemothers.com/issues.html>>. Acesso em 14/07/2010) (Tradução livre do autor).

²⁵⁸ Dados colhidos no Website <<http://www.surrogatefinder.com/findsurrogates>> utilizando-se o critério do país de origem para a pesquisa de “Surrogate Mothers” (acesso em 14/07/2010). Segundo o Comitê Britânico, deve ser criminalmente sancionada a criação ou manutenção de agências de recrutamento de candidatas (casais ou portadoras interessados) para realização de procedimentos de gestação por substituição, de forma remunerada ou não. (WARNOCK, Mary. Obra citada, p. 47).

Outra questão que há de ser levada em consideração é a motivação dos interessados. Exageros na liberação do acesso à técnica poderiam levar muitas mulheres a simplesmente optar gestar seus filhos em útero de outrem, por motivos alheios à esterilidade, tais como o cuidado com o corpo, atividades profissionais (sobretudo aquelas ligadas à exposição do corpo, como é o caso de modelos e artistas), acadêmicas e outras. Sem embargo, tais razões não são condizentes com os padrões éticos socialmente vigentes, tampouco com a funcionalização contemporaneamente impressa ao instituto da reprodução assistida: remédio à esterilidade²⁵⁹ ou forma de prevenção à propagação de doenças hereditárias. Por isso, há que se exigir a presença de um destes elementos – incapacidade reprodutiva ou outras razões ligadas a doenças hereditárias – para a realização de qualquer das técnicas aqui referidas.

De forma mais relevante do que ocorre em relação às demais técnicas de reprodução assistida, a efetivação da gestação por substituição reclama um rigoroso acompanhamento dos envolvidos por uma comissão multidisciplinar de supervisão clínica, integrada não apenas por médicos e geneticistas, mas também por psicólogos, psiquiatras e assistentes sociais, com o objetivo de, preliminarmente, avaliar se os interessados detêm suficiente estrutura psicossocial para se submeterem à medida e suportar toda sua variada e complexa carga de ônus (físicos, emocionais, sociais, etc.); e, em um segundo momento, buscar equalizar seus efeitos, possibilitando que a medida se efetive com o mínimo de transtorno para todos os envolvidos.²⁶⁰

²⁵⁹ “As objeções morais e sociais para a subrogação [gestação por substituição] tem peso acentuadamente entre nós. Em primeiro lugar, estamos todos de acordo que a subrogação por mera conveniência, ou seja, onde uma mulher é fisicamente capaz de gestar uma criança mas não deseja submeter-se à gravidez, é totalmente inaceitável, em termos éticos”. (WARNOCK, Mary. Idem, p. 46).

²⁶⁰ Conforme concluiu o comitê presidido por Mary Warnock: “O Conselho que prevemos é essencialmente não-direcional. Ele é destinado a ajudar as pessoas a entender sua situação e tomar suas próprias decisões sobre que medidas devem ser tomadas a seguir. O aconselhamento não precisa necessariamente ocorrer no hospital, embora este possa ser o local mais conveniente. Deve ser realizado em uma atmosfera neutra e envolver um conselheiro hábil e plenamente treinado. Recomendamos que o aconselhamento deve estar disponível para todos os casais inférteis e terceiros, em qualquer fase do tratamento, tanto como parte integrante da prestação do Serviço Nacional de Saúde no setor privado” (In: Idem, p. 16).

A propósito, nos CECOS franceses, preliminarmente à realização de qualquer técnica reprodutiva, “a todos os casais solicitadores de espermatozoides é imposta uma entrevista com um médico psiquiatra para determinar, com segurança, suas motivações e também para evitar pedidos de casais que não

Com efeito, não se trata de tarefa simples, tampouco se pode prever com segurança o seu sucesso.

2.4.1.7. Clonagem

O desenvolvimento das pesquisas envolvendo células-tronco trouxe ao debate a eticidade da clonagem humana com finalidades terapêuticas, com vistas a obtenção de células e tecidos ainda não especializados, a serem empregadas no tratamento de diversas patologias. Atualmente, a ciência biomédica ainda registra poucos avanços no emprego das células-tronco embrionárias na cura das principais doenças a que se propuseram, inicialmente, os pesquisadores, tais como o Mal de Parkinson

Partindo-se da constatação de que, para a obtenção destas células, é necessária a geração de embriões que, logo após, terão o descarte como o destino certo, é forçoso concluir que a imputação de finalidades clínicas à clonagem humana implica, em última análise, em “*instrumentalizar a concepção, tratando o ser humano não como um fim em si mesmo, mas como um meio para o desenvolvimento de novas terapias*”.²⁶¹ Deve-se ter em mente, ainda, que o recurso aos embriões não é o último remédio à obtenção de células-tronco, pois há tempos a medicina já constatou a presença de células pluripotentes (capazes de dar origem a todos ou a alguns órgãos e tecidos) presentes nos organismos dos seres humanos vivos, especialmente na medula óssea e no cordão umbilical. A possibilidade do emprego deste recurso no tratamento das doenças, recomenda sua prevalência – em termos de pesquisa e de efetiva utilização – em relação às células tronco embrionárias, que demandam a geração e a subsequente extinção de uma vida.²⁶²

Não obstante, se avultam razões a inadmissão da clonagem terapêutica de seres humanos, preponderam, com ainda maior amplitude, os motivos à vedação da

preencham as condições mínimas garantidoras de bem estar da futura criança”. (LEITE, Eduardo de Oliveira. Obra citada, p. 100).

²⁶¹ SILVA, Reinaldo Pereira e. **Introdução ao Biodireito**, p. 326.

²⁶² SILVA, Reinaldo Pereira e. *Idem*, p. 333.

clonagem humana reprodutiva, ou seja, com objetivos de constituição de seres vivos idênticos aos dos organismos de onde foram extraídos as células fundamentais.

Segundo Reinaldo Pereira e Silva, além de representar uma violação aos princípios da dignidade e da vedação à discriminação – o que leva a clonagem a ser proibida em boa parte dos países,²⁶³ inclusive no Brasil²⁶⁴ – a clonagem representa grave ameaça à diversidade genética, fruto do processo de seleção natural baseado na variabilidade interna e externa dos organismos que, até então, foi condição de existência e desenvolvimento das espécies vivas.²⁶⁵

Por fim, há que se considerar a impropriedade da pretensão de se criar organismos completamente idênticos, pois a ciência já constatou, com devida segurança, que a constituição dos seres não advém apenas de sua carga genética, mas é também determinada pela sua interação com o meio ambiente (havendo genes que se “ligam” e se “desligam” a partir de determinadas interações com o meio).

Nos seres humanos, isso se potencializa pela convivência social e familiar, pelas experiências e contatos, pela cultura e tantos outros elementos constitutivos da personalidade do sujeito. Para que lograsse produzir de seres humanos completamente idênticos, seria necessária, além da clonagem biológica, uma espécie de clonagem da histórica do organismo-mãe: apenas se fosse reproduzida, com exatidão, toda a gama de experiências, saberes, interação com pessoas, meio ambiente e consigo próprio – ou seja, tudo aquilo que algum dia envolveu a subjetividade do organismo de origem – é que se poderia pensar na produção de sua cópia idêntica. Obviamente, tal reprodução é

²⁶³ O Protocolo Adicional nº 168, acrescido à Convenção para a Protecção dos Direitos do Homem e da Dignidade do Ser Humano face às Aplicações da Biologia e da Medicina do Conselho da Europa (assinado em 1998, com vigência a partir de 01/12/2001), dispõe, expressamente, que:

Artigo 1.º 1 - É proibida qualquer intervenção cuja finalidade seja a de criar um ser humano geneticamente idêntico a outro ser humano, vivo ou morto.

2 - Na acepção do presente artigo, a expressão ser humano «geneticamente idêntico» a outro ser humano significa um ser humano que tem em comum com outro o mesmo conjunto de genes nucleares.

Na Espanha, o Código Penal prevê pena de um a cinco anos e inabilitação especial para emprego de cargo público, profissão ou ofício de seis a dez anos para quem fecundar óvulos com finalidades distintas da procriação, incorrendo no mesmo crime quem criar seres humanos por clonagem ou por outros meios dirigidos à seleção racial (art. 161).

²⁶⁴ Art. 6º, inc. IV da Lei 11.105/2005.

²⁶⁵ SILVA, Reinaldo Pereira e. **Introdução ao Biodireito**, p. 328-329.

impossível, e o seria mesmo se a clonagem ocorresse na modalidade de clivagem artificial de zigotos, pois, tal como ocorre com gêmeos univitelinos (clonagem natural), a personalidade humana nunca se reproduz, com exatidão, em dois sujeitos.

2.4.1.8. Seleção de sexo de filho

O termo “seleção de sexo” designa duas diferentes hipóteses de determinação do gênero, anteriormente ao nascimento do filho: a *predeterminação do sexo*, anterior à fertilização dos gametas e a *identificação do sexo* de um embrião já existente, que se encontre *in utero* ou *in vitro*.

A primeira hipótese compreende as técnicas empregadas na busca pela exata aferição do cromossomo (X ou Y) portado pelo espermatozoide que fecundará o óvulo, elemento determinante do gênero do embrião pela união ao outro cromossomo X, portado pelo óvulo feminino.

Pesquisas concluíram que os espermatozoides portadores do cromossomo Y são mais leves e rápidos (mas menos resistentes), enquanto os portadores do cromossomo X são mais pesados e lentos (mas dotados de maior resistência). Assim, com pouca dose de certeza, divulgou-se que, levando-se em conta que a data da ovulação pode ser aferida por testes caseiros, comercializados em farmácias, o casal poderia prever o gênero do filho, pois “*se a relação sexual ocorrer exatamente no dia da ovulação, as chances são maiores de se ter um menino pois os espermatozóides Y são mais rápidos*”, ao passo que “*se a relação for até dois dias antes da ovulação provavelmente será uma menina pois os espermatozóides X, são mais resistentes e aguardarão a ovulação*”.²⁶⁶

As principais técnicas de reprodução assistida empregadas na determinação sexual prévia à fecundação dos gametas envolvem o manejo do líquido espermático e se desenvolveram a partir de experiência realizada na década de 70 por Ronald J. Ericsson, que possibilitou a separação entre os espermatozoides portadores de cromossomos X e Y, no interior do líquido espermático. Todavia, a experiência

²⁶⁶ **Sexo do bebê é definido pelo espermatozoide.** In: <<http://www.redebomdia.com.br/Coluna/214/Sexo+do+bebe+e+definido+pelo+espermatozoide>> Acesso em 07/12/2010.

resultou infrutífera em uma proporção variável entre 15 e 30% dos casos, o que não se mostrou aceitável para a prevenção de doenças de ordem genética.²⁶⁷

A seguir, desenvolveu-se técnica denominada “*Sperm Swimming*” ou “*Swim-up*”, em analogia à capacidade de natação dos gametas em direção à superfície. Esta intervenção parte da observação de que, uma vez isolados (por centrifugação), lavados e inseridos em meio de cultura, os espermatozoides portadores de cromossomo Y tendem a se concentrar na superfície da solução, enquanto os portadores do cromossomo X tendem a permanecer na parcela inferior do líquido de cultura. Seleciona-se, então, o sexo do embrião a partir do local da solução de onde serão colhidos os espermatozoides a serem empregados na inseminação do óvulo.²⁶⁸ A técnica chegou a registrar êxito de 86,7% para o sexo feminino e 89,2% para o masculino.²⁶⁹

Registram-se, ainda, outros procedimentos de manipulação espermática, tais como a “*MicroSort Sperm Sorting*”, que consiste na separação dos espermatozoides portadores dos cromossomos X e Y, através de “*Flow Citometry*”, com o emprego de descarga elétrica e, segundo registros, tem grau de certeza de 90% para apuração de sexo feminino e 75% para o sexo masculino; bem como a “*Fluorescence In Situ Hybridization*” (FISH), exame que permite diagnosticar, com elevada precisão, a proporção entre gametas portadores de cromossomos X e Y em porção de sêmen; há, ainda, medida consistente na adição de corantes à solução de esperma, que permite diferenciar os gametas portadores de cromossomos X e Y através da diversidade da coloração adquirida por cada um,²⁷⁰ tal como já, há tempos, se procede na reprodução pecuária assistida.

²⁶⁷ BJÖRNDAHL, Lars; BARRATT, Christopher LR. **Sex selection**: A survey of laboratory methods and clinical results, p. 6.

²⁶⁸ **Sperm Spinning for Gender Selection**: Sperm Swim-Up. Disponível em <<http://www.in-gender.com/Gender-Selection/Ericsson/>>. Acesso em 01/12/2010.

²⁶⁹ KHATAMEE, Masood A. Et. al. **A Controlled Study for Gender Selection Using Swim-Up Separation**. Disponível em <<http://content.karger.com/ProdukteDB/produkte.asp?Aktion=ShowFulltext&ArtikelNr=10125&ProduktNr=22384>>. Acesso em 10/12/2010.

²⁷⁰ CLÍNICA FÉRTILIS DE MEDICINA REPRODUTIVA. **Pré-determinação de sexo**. Disponível em <<http://www.fertilis.com.br/midia49.html>> (Acesso em 07/12/2010)

O primeiro registro de nascimento a partir da MicroSort data de 1995. Na ocasião, o casal contava com histórico familiar de hidrocefalia (acúmulo de água no cérebro que causa retardamento mental), transmissível, com elevados índices de probabilidade, a filhos do sexo masculino. A técnica viabilizou o nascimento de uma menina, eliminando, por conseguinte, os riscos de transmissão da doença.²⁷¹

A segunda hipótese de diagnóstico de gênero é a identificação do sexo de embrião já concebido, que se encontre implantado ou conservado *in vitro*. Trata-se do “*Diagnóstico Genético Pré-implantatório*” (PGD), realizado mediante técnicas diversas: ao passo que o ultrassom e a amniocentese são possíveis após dezesseis semanas de gravidez,²⁷² testes sanguíneos podem ser realizados em período anterior, para verificação da presença de cromossomos Y no sangue materno, advindos do filho do sexo masculino. Não obstante, laboratórios europeus já desenvolveram testes caseiros, que possibilitam tal verificação a partir da sétima semana de gravidez.²⁷³

Se, por um lado, ambas as medidas podem implicar em alguma sorte de eugenia pela pré-determinação do sexo daqueles que hão de nascer – sobretudo em certos países orientais onde o nascimento de homens é altamente desejado²⁷⁴ – há grande relevância na sua aplicação como forma de se impedir transmissão de doenças hereditárias atreladas ao sexo dos filhos, tais como a hemofilia e distrofias musculares. Segundo registrou Reinaldo Pereira e Silva, em 2001, havia “350 *anomalias genéticas relacionadas, em sua maioria, ao sexo masculino, como a hemofilia e a distrofia*

²⁷¹ SILVA, Reinaldo Pereira e. **Introdução ao Biodireito**, p. 71.

²⁷² WARNOCK, Mary. Obra citada, p. 50.

²⁷³ Trata-se do “Pink or Blue Test Kit”, que pode ser adquirido em farmácias ou pela internet, para ser realizado em casa, pela própria interessada, em um procedimento relativamente simples e, segundo os fabricantes, muito seguro. (Disponível em <<http://www.tellmepinkorblue.com>>. Acesso Em 29/07/2010).

²⁷⁴ Conforme reportado pela imprensa: “*Há cerca de um ano, o médico Edson Borges viveu uma de suas mais chocantes experiências profissionais. Ao comunicar a um casal de pacientes o sucesso de sua segunda tentativa de fertilização in vitro, esperava uma explosão de alegria diante dos três embriões saudáveis, do sexo feminino, prontos para ser transferidos para o útero da mulher. Mas, ao ouvir a notícia, o marido da paciente disse apenas: "Pode jogá-los fora". Ele queria, sim, um bebê, desde que fosse menino. Borges ainda tentou convencê-lo a, ao menos, congelar os embriões, mas, enquanto falava, ele já se retirava da clínica. Sua mulher o seguia aos prantos*”. (TEICH, Daniel Hessel; OYAMA, Thaís. **Em busca do bebê perfeito**: Butiques de sêmen, sexo selecionado e escolha de embriões: o Brasil entra na era dos superbebês).

muscular de Duchenne”,²⁷⁵ o que torna de elevada relevância a seleção do sexo para o casal, na medida em que, “*o sexo de qualquer criança a quem eles devem dar a luz determinará se ela terá ou não herdado a doença*”.²⁷⁶

Em ambos os casos, é relevante que se investigue a existência de fundadas razões para que se realize a escolha do sexo: motivos atrelados ao desejo ou conveniência dos pais, tais como razões patrimoniais ou de perpetuação do patronímico não são suficientes à sua realização. É manifestamente contrário à moral e a ética que abortos sejam realizados apenas porque os pais não se contentaram com o sexo do filho em gestação, ou que as técnicas de reprodução assistida sejam empregadas por razões diversas daquelas estritamente ligadas à saúde, tais como a escolha da cor dos olhos ou da pele.

Ciente da possibilidade de utilização indevida das técnicas, o Conselho Federal de Medicina estabeleceu, em sua Resolução 1931/2009 (Código de Ética Médica):

“Art. 15 (...) § 2º O médico não deve realizar a procriação medicamente assistida com nenhum dos seguintes objetivos:
I – criar seres humanos geneticamente modificados;
II – criar embriões para investigação;
III – criar embriões com finalidades de escolha de sexo, eugenia ou para originar híbridos ou quimeras”.

Ao que parece, a intenção do Conselho foi a de evitar a utilização das técnicas para perseguição e finalidades eugênicas ou ligadas à conveniência, o que inspirou a vedação à escolha do sexo. Todavia, verifica-se que a Resolução não contempla as supra referidas razões estritamente clínicas – porquanto afastadas do âmbito da preferência, ou da conveniência, e apartadas de índole eugênica – suficientes à legitimação dos procedimentos de predeterminação de sexo, em casos excepcionais, conforme dispõe o Conselho da Europa na Convenção sobre os Direitos do Homem e a Biomedicina:

“Artigo 14.º Não seleção do sexo.

²⁷⁵ SILVA, Reinaldo Pereira e. **Introdução ao Biodireito**, p. 71.

²⁷⁶ WARNOCK, Mary. Obra citada, p. 49.

Não é admitida a utilização de técnicas de procriação medicamente assistida para escolher o sexo da criança a nascer, salvo para evitar graves doenças hereditárias ligadas ao sexo”.

Em todo caso, deve-se ter em conta que a procriação não presta apenas à satisfação de desejos e interesses dos pais, mas, sobretudo, à garantia de uma existência digna aos filhos que hão de ser assim gerados. Em relação aos embriões, não se está a *lidar com coisas* passíveis de disposição ou descarte: sem embargo, está-se a *tratar de pessoas* nas suas primeiras fases do contínuo processo de desenvolvimento da vida. Portanto, a legitimidade do emprego de alguma medida excepcional, tal como a seleção ou identificação prévia de sexo do embrião, só se justifica se, e na medida em que, for destinada à preservação da vida e à garantia da saúde e dignidade do filho por nascer.

2.4.1.9. Transmissibilidade de doenças hereditárias

Nos primeiros estágios de desenvolvimento das técnicas de reprodução assistida, boa parte da doutrina bioética e jurídica perfilhou entendimento no sentido de sua restrição aos casais estéreis, o que, por conseguinte, excluiria pessoas solteiras, viúvas e divorciadas, bem como impediria que o recurso às técnicas fosse uma opção à reprodução ordinária, a ser empregado por razões ligadas à comodidade dos casais interessados.

Contemporaneamente, o desenvolvimento da pesquisa genética e da biotecnologia aprofundou o conhecimento acerca da transmissibilidade hereditária de certas de doenças que se registram no DNA dos portadores e, consequentemente, em seus gametas.

Daí porque se faz necessária a extensão da legitimidade do acesso às técnicas não apenas aos casais tecnicamente estéreis, mas igualmente àqueles casais férteis cuja reprodução ordinária gerará, com razoável probabilidade, filhos portadores de alguma

doença ou síndrome de índole genética ou hereditária, tais como a AIDS, certos tipos de câncer e leucemias, deficiências mentais, paralisias, dentre outras.²⁷⁷

Recomenda-se que, se possível, a técnica a ser empregada nestes casos se aproveite dos gametas do cônjuge saudável (se houver), utilizando-se da doação por terceiro apenas para suprir a impossibilidade de participação biológica do cônjuge portador da doença. Assim, em sendo o marido o portador da doença hereditária, a inseminação artificial heteróloga pode ser uma opção viável. Em sendo a esposa, pode-se utilizar de doação de óvulos com fertilização *in vitro* a partir do sêmen de seu cônjuge. Em sendo ambos os cônjuges portadores da patologia, ou, ainda, pode-se recorrer à doação de embriões.

2.4.1.10. Acompanhamento psicológico

Em todas as intervenções clínicas na reprodução humana, o acompanhamento psicossocial se apresenta como elemento indispensável ao pleno sucesso dos procedimentos, bem como, à redução dos seus impactos negativos na *psiqué* dos envolvidos, inclusive dos filhos gerados.

O lapso temporal compreendido entre o desejo inicial do casal em ter um filho e o emprego efetivo das técnicas de reprodução assistida é de, em média, seis anos. Trata-se de período muito delicado na vida do casal, em que o desejo inicial de ter filhos pelas vias ordinárias é frustrado pelo diagnóstico da incapacidade de um ou de ambos para gerar, o que logo é sucedido, via de regra, por uma rotina intensiva de tratamentos clínicos destinados ao incremento da fertilidade, para que então seja decidida pela adoção dos referidos recursos (inseminação artificial, fertilização *in vitro*, gestação por substituição). Quando envolvida a participação de terceiros no processo, ocorre um agravamento dos problemas e desafios, de índole psicológica, a serem enfrentados pelo casal: “*para o homem, abandono da idéia de procriar; para a*

²⁷⁷ Em 1984, esta possibilidade de extensão já fora anunciada pelo Comitê Britânico de Reprodução Assistida, que assim concluiu: “*Nós acreditamos que o leque de opções de ajuda para tais casais deveria ser mais divulgado, para que, assim, os medos e infelidades causadas pelo risco de transmissão de doenças hereditárias possam ser amenizados. Nós recomendamos que deve ser aceita a prática de se oferecer gametas e embriões àqueles com risco de transmissão de doenças hereditárias*” (WARNOCK, Mary. Obra citada, p. 49) (Grifos no original).

mulher, abandono da idéia de ficar grávida de seu marido, para ambos, a aceitação de uma transgressão de princípios baseados sobre a família monogâmica”. Necessária, portanto, “*uma longa maturação psicológica (...) para fazê-los aceitar a vinda de uma criança nestas condições*”.²⁷⁸

Em muitos países – e aqui se destaca o exemplo francês, não acompanhado por todas as instituições brasileiras que realizam as mesmas técnicas – o prévio acompanhamento psicológico é requisito ao deferimento da medida aos casais interessados. Ao contrário do que entendem muitos dos pacientes, não se trata de medida destinada à seleção dos casais – o que é, de fato, realizado em outro momento, a partir de critérios clínicos envolvendo idade, incompatibilidades, capacidade de gestação, dentre outros – pois nesta etapa são rejeitados apenas os interessados que apresentem graves patologias mentais. “*A orientação psicológica funciona mais como uma ‘proteção ante seletiva’*”.²⁷⁹

Nesta abordagem, é relevante que se investiguem os motivos que fundamentam a opção do interessado pela utilização das técnicas, o que é muito variável entre homens e mulheres. O estabelecimento de um diálogo franco, mas cientificamente rigoroso, em que sejam discutidos os motivos dos interessados e pormenorizadamente expostos os detalhes do procedimento, seus riscos e suas conseqüências, leva muitos candidatos a repensarem suas escolhas e, com certa freqüência, desistirem do plano inicial.

2.4.2. Religião

Em um primeiro momento, seja por desconhecimento acerca da rápida extensão que tomariam as pesquisas, seja pela consciência da própria incapacidade da apreensão integral dos resultados obtidos – a Igreja Católica posicionou-se em sentido radicalmente contrário ao desenvolvimento de quaisquer experiências envolvendo gametas humanos destinadas à reprodução assistida, o que posteriormente sofreu vários temperamentos. Estas conclusões partem de uma premissa de funcionalização

²⁷⁸ LEITE, Eduardo de Oliveira. **Procriações artificiais e o Direito**, p. 126.

²⁷⁹ LEITE, Eduardo de Oliveira. *Idem*, p. 122.

do casamento pela procriação,²⁸⁰ de um modo que, embora não vetando o casamento aos inférteis “*o acento colocado sobre a função procriativa do casal afasta qualquer método artificial para atingir esse fim*”.²⁸¹

O casamento católico observa regras essenciais, ligadas à fidelidade (com conseqüente vedação a qualquer forma de adultério) e consideração de que o homem só procria porque tal poder lhe foi atribuído por Deus. Por esta razão, a Igreja não aceita qualquer técnica reprodutiva que se utilize de gametas de terceiros (inseminação artificial heteróloga, doação de óvulos e de gametas).²⁸² Em outras palavras, “*A Igreja considera imprescindíveis para a gestação tanto relações sexuais entre um homem e uma mulher quanto o fato de serem casados. E em caso de infertilidade, a única solução admitida é a adoção*”.²⁸³

De igual forma, as demais técnicas foram inicialmente rechaçadas por representarem uma violação à “ordem natural” das coisas, estabelecida pelo Criador, o que posteriormente foi relativizado pela admissão de meios artificiais destinados – nas palavras do Papa Pio XII – a “*facilitar o ato natural*” ou “*atingir seu fim se for ato naturalmente realizado*””. Atualmente, esta posição foi relativizada e sofreu modificações advindas, inclusive, da promulgação do atual Código Canônico, promulgado pelo Papa João Paulo II em 1983, que assim proclama:

“**Cânone 1055, §1º.** A aliança matrimonial, pela qual o homem e mulher constituem entre si uma comunhão de vida toda, é ordenada

²⁸⁰ Código Canônico de 1917. Cânone 1013 - § 1. Matrimonii finis primarius est procreatio atque educatio prolis; secundarius mutuuum adiutorium et remedium concupiscentiae.

²⁸¹ LEITE, Eduardo de Oliveira. **Procriações artificiais e o Direito**, p. 71.

²⁸² “*Somente marido e mulher tem direito recíproco sobre seus corpos para engendrar uma nova vida; direito exclusivo e inalienável. Dentro dessa ótica, a inseminação artificial com doador (heteróloga), ou seja, aquela produzida pelo elemento ativo de um terceiro, é banida pela Igreja, já que, entre o cônjuge legítimo e a criança – que é fruto do elemento ativo de um terceiro, estranho à relação conjugal – não existe nenhum laço de origem, nenhuma ligação moral e jurídica de procriação conjugal*”, o que torna “*moralmente ilícita a fecundação de uma mulher casada pelo espermatozócito de um terceiro doador*”. (LEITE, Eduardo de Oliveira. Idem, p. 74).

²⁸³ MEIRELLES, Jussara. **Gestação por outrem e determinação da maternidade**: “Mãe de Aluguel”, p. 51.

por sua índole natural ao bem dos cônjuges e à geração da prole, e foi elevada, entre os batizados, à dignidade de sacramento”.²⁸⁴

A partir deste Cânone, a inseminação artificial heteróloga continuaria vedada (por envolver terceiros, segunda a interpretação da Igreja), mas seria admitida a inseminação artificial homóloga, pois, neste caso, não seria violado o dever de fidelidade absoluta, estando a ciência tão-somente facilitando o ato natural e perseguindo sua própria finalidade, obstada pela infertilidade.

A vedação católica se estende, ainda, à inseminação artificial “*pós-mortem*”. Caso realizada sem a anuência do falecido, a medida viola, por um lado, a imprescindibilidade da manifestação de ambas as vontades para o propósito da fecundação e, por outro, a necessidade da existência de vínculos matrimoniais, que haveriam sido dissolvidos por conta da morte do cônjuge, o que torna ilegítima a inseminação.²⁸⁵

A Igreja Católica não aceita sequer a gestação por substituição, mesmo diante de registros bíblicos que evidenciam a sua ocorrência (pelas vias ordinárias, sem intermédio de qualquer intermediação clínica).²⁸⁶

²⁸⁴ VATICANO. Código De Derecho Canônico. Disponível em <http://www.vatican.va/archive/ESL0020/_INDEX.HTM> . Acesso em 25/04/2010. (Tradução livre do autor).

²⁸⁵ LEITE, Eduardo de Oliveira. **Procriações artificiais e o Direito**, p. 80. Conclui o autor: “Logo, em uma ou outra hipótese, para a Igreja (certamente não é este o raciocínio válido do ponto de vista estritamente jurídico), não há que se falar em inseminação “*post mortem*”” (In: Ibidem). Não são poucas as críticas recebidas pela Igreja Católica no trato ético dispensado a questões científicas desta índole. A propósito, anuncia este mesmo autor: “A igreja, ao invés de se posicionar com o maior realismo diante do avanço tecnológico, assumiu, ainda uma vez, posição retrógrada, absolutamente insustentável, perdendo oportunidade de se aproximar da sociedade, da qual já se encontra irremediavelmente afastada” (In: Idem, p. 89)

²⁸⁶ Do Capítulo 16 do Livro do Gênesis, extrai-se: “1. Ora Sarai, mulher de Abrão, não lhe dava filhos, e ele tinha uma serva egípcia, cujo nome era Agar. 2. E disse Sarai a Abrão: Eis que o SENHOR me tem impedido de dar à luz; toma, pois, a minha serva; porventura terei filhos dela. E ouviu Abrão a voz de Sarai. 3. Assim tomou Sarai, mulher de Abrão, a Agar egípcia, sua serva, e deu-a por mulher a Abrão seu marido, ao fim de dez anos que Abrão habitara na terra de Canaã. 4. E ele possuiu a Agar, e ela concebeu; e vendo ela que concebera, foi sua senhora desprezada aos seus olhos. (...) 10. Disse-lhe mais o anjo do SENHOR: Multiplicarei sobremaneira a tua descendência, que não será contada, por numerosa que será. 11. Disse-lhe também o anjo do SENHOR: Eis que concebeste, e darás à luz um filho, e chamarás o seu nome Ismael; porquanto o SENHOR ouviu a tua aflição.(...) 15. E Agar deu à luz um filho a Abrão; e Abrão chamou o nome do seu filho que Agar tivera, Ismael. 16. E era Abrão da idade de oitenta e seis anos, quando Agar deu à luz Ismael”.

Já no que se refere à GIFT (transferência intratubária de gametas), a Igreja mostrou-se mais tolerante, admitindo seu emprego diante do fato de a fecundação ocorrer no interior do corpo, a partir do material genético do próprio casal. A admissibilidade é restrita, contudo, à observância de certas precauções: o sêmen a ser utilizado deve ser o do marido, e sua captação deve ocorrer no curso de relação sexual por procedimento que não caracterize contracepção e para o qual seja dispensada a masturbação, vedada pelo catolicismo; a fecundação do óvulo pelo espermatozóide não pode ocorrer no interior do cateter, mas apenas no ventre feminino, após a implantação. Para esta última finalidade, utiliza-se separar os líquidos contendo os espermatozoides e óvulos por uma bolha de ar inserida entre ambos, no interior da cânula, o que deu origem à expressão “*bolha do Papa*”.²⁸⁷

Essa posição é sistematizada e defendida pela entidade “Catholics United for the Faith” (CUF):

“**QUESTÃO:** O que a Igreja ensina sobre as tecnologias reprodutivas?”

Do mesmo modo, consta do capítulo 30 do mesmo Livro: “1. Vendo Raquel que não dava filhos a Jacó, teve inveja de sua irmã, e disse a Jacó: Dá-me filhos, se não morro. 2. Então se acendeu a ira de Jacó contra Raquel, e disse: Estou eu no lugar de Deus, que te impediu o fruto de teu ventre? 3. E ela disse: Eis aqui minha serva Bila; coabita com ela, para que dê à luz sobre meus joelhos, e eu assim receba filhos por ela. 4. Assim lhe deu a Bila, sua serva, por mulher; e Jacó a possuiu. 5. E concebeu Bila, e deu a Jacó um filho. 6. Então disse Raquel: Julgou-me Deus, e também ouviu a minha voz, e me deu um filho; por isso chamou-lhe Dã. 7. E Bila, serva de Raquel, concebeu outra vez, e deu a Jacó o segundo filho. 8. Então disse Raquel: Com grandes lutas tenho lutado com minha irmã; também venci; e chamou-lhe Naftali. 9. Vendo, pois, Lia que cessava de ter filhos, tomou também a Zilpa, sua serva, e deu-a a Jacó por mulher. 10. E deu Zilpa, serva de Lia, um filho a Jacó. 11. Então disse Lia: Afortunada! e chamou-lhe Gade. 12. Depois deu Zilpa, serva de Lia, um segundo filho a Jacó. 13. Então disse Lia: Para minha ventura; porque as filhas me terão por bem-aventurada; e chamou-lhe Aser. 14. E foi Rúben nos dias da ceifa do trigo, e achou mandrágoras no campo. E trouxe-as a Lia sua mãe. Então disse Raquel a Lia: Ora dá-me das mandrágoras de teu filho. 15. E ela lhe disse: É já pouco que hajas tomado o meu marido, tomarás também as mandrágoras do meu filho? Então disse Raquel: Por isso ele se deitará contigo esta noite pelas mandrágoras de teu filho. 16. Vindo, pois, Jacó à tarde do campo, saiu-lhe Lia ao encontro, e disse: A mim possuirás, esta noite, porque certamente te aluguei com as mandrágoras do meu filho. E deitou-se com ela aquela noite. 17. E ouviu Deus a Lia, e concebeu, e deu à luz um quinto filho. 18. Então disse Lia: Deus me tem dado o meu galardão, pois tenho dado minha serva ao meu marido. E chamou-lhe Issacar. 19. E Lia concebeu outra vez, e deu a Jacó um sexto filho. 20. E disse Lia: Deus me deu uma boa dádiva; desta vez morará o meu marido comigo, porque lhe tenho dado seis filhos. E chamou-lhe Zebulom”.

²⁸⁷ MANDELBAUM, J. e PLACHOT, M. Apud.: LEITE, Eduardo de Oliveira, **Procriações artificiais e o Direito**, p. 50.

RESPOSTA: Se elas ajudam casais (unidos pelo matrimônio) a realizar os bens fundamentais envolvidos no matrimônio, a Igreja é a favor de intervenções tecnológicas. A Igreja opõe-se intervenções tecnológicas que violem a lei natural, referentes aos bens intrínsecos e direitos naturais da pessoa humana. Neste sentido, a Igreja protege a vida humana e os aspectos unitário e procriador do ato sexual dentro do casamento. As seguintes medidas são moralmente erradas: a fertilização *in vitro* e o descarte de embriões; a experimentação não-terapêutica ou manipulação de embriões; a inseminação artificial (seja pelo doador ou pelo marido) e a clonagem humana. A Igreja não se pronunciou sobre os procedimentos chamados GIFT e TOTS”.²⁸⁸

No seio da Igreja Protestante, o matrimônio não se funcionaliza apenas ou predominantemente pela reprodução, mas sim pelas dimensões racionais e afetivas que vinculam todos os integrantes da família. Esta premissa, aliada à liberdade e responsabilidade parentais, fundamenta a aceitação da reprodução assistida, pelas doutrinas protestantes, como algo positivo enquanto destinada a remediar o problema da infertilidade.

Neste campo, os protestantes ressaltam a distinção entre as técnicas que apenas envolvem os cônjuges, e aquelas que envolvem gametas ou outra participação de terceiros (doação de espermatozoides, óvulos ou embriões, cessão de útero). No primeiro grupo de casos, as medidas são tratadas como meros paliativos e não trazem maiores implicações, ao passo que no segundo, atenta-se para questões de natureza existencial envolvendo o filho e o terceiro partícipe, sobretudo no que se refere à revelação da identidade e extensão da responsabilidade de cada um dos envolvidos.

Assim, sempre se noticiou a aceitação da inseminação artificial homóloga pelo Protestantismo, o que não se verificou, desde o início, com a modalidade heteróloga. Primordialmente rejeitada (pela suposta violação ao dever de fidelidade matrimonial, já que é envolvido material genético de terceiro doador), a inseminação heteróloga veio sendo paulatinamente aceita pela Igreja Protestante, a começar por linhas menos radicais.

²⁸⁸ CATHOLICS UNITED FOR THE FAITH (CUF). **Reproductive Technologies**. <http://www.cuf.org/faithfacts/details_view.aspx?ffID=123>. Acesso em 10/05/2010.

Os argumentos em que se colocam as questões da reprodução assistida frente às religiões distribuem-se entre três campos significantes: representação biológica, representação simbólica e representação sexual. Enquanto a Igreja Católica apegase aos dois últimos – sobre o que se fundamenta a rejeição quase absoluta das técnicas – o Protestantismo reconhece a prevalência do aspecto simbólico da filiação, amplificado em relações de adoção. *“Para a Igreja Protestante, nós somos todas crianças adotadas pelo amor de seus pais, o que relativiza as circunstâncias técnicas ou naturais da fecundação”*.²⁸⁹

No tocante aos embriões, os Protestantes manifestam consolidado entendimento no sentido da atribuição, aos pais, da responsabilidade pela destinação dos embriões: implantação, doação, encaminhamento para pesquisas ou mesmo a destruição. Admite-se, entretanto, uma legislação que delimite, sem grande intervenção, a disciplina da utilização dos embriões, tais como ocorrido na Suécia, onde foi promulgada, em 1995, legislação sobre a matéria contendo preceitos já proclamados por várias áreas da Igreja Protestante, tais como: a admissão da inseminação artificial unicamente como meio de contornar a infertilidade; vedação de seu emprego por mulheres solteiras, viúvas ou lésbicas; restrição de sua efetivação apenas aos hospitais públicos, mediante consentimento irrevogável do marido, a quem é atribuído o status de pai no caso de inseminação artificial heteróloga; restrição da fertilização *in vitro* apenas aos casais, não se admitindo doação de óvulos, espermatozoides ou embriões; vedação à cessão remunerada de útero. Em sentido semelhante, posiciona-se a Igreja Protestante inglesa, que não visualiza qualquer objeção de índole ética ou moral na inseminação heteróloga, sob o fundamento de que *“a paternidade é antes de tudo uma união moral e não puramente material e física”*.²⁹⁰

²⁸⁹ LEITE, Eduardo de Oliveira. Procriações artificiais e o Direito, p. 91. Esta conclusão protestante se estende, ainda, ao âmbito da contracepção: *“O casal vive de atração, de troca e de ligações afetivas, e, é nesta perspectiva – de amor dividido – que se pode compreender o caráter positivo da contracepção que dissocia sexualidade e fertilidade face à angústia de uma fecundidade que pode constituir uma ameaça e da procriação artificial que reassocia sexualidade e fertilidade face à aflição de uma esterilidade persistente”* (In: Ibidem).

²⁹⁰ LEITE, Eduardo de Oliveira. Idem, p. 92.

Este debate é também enfrentado pela Igreja Anglicana, que se divide em duas posições antagônicas: A primeira delas, de amplitude majoritária, aceita a inseminação homóloga, desde que, mesmo tentada pela prática sexual ordinária, a reprodução não tenha logrado êxito. Admite-se, ainda, que, em não havendo outra alternativa, o sêmen seja colhido mediante masturbação. Já no que se refere à inseminação heteróloga, a posição dos anglicanos majoritários é semelhante à do catolicismo: por envolver elemento de terceiro, a medida representa ruptura do vínculo de exclusividade entre marido e mulher casados, pelo que não é admitida. É neste ponto que difere a corrente minoritária do anglicanismo, para a qual os propósitos reprodutivos comportam certa tolerância e relativização de antigos preceitos, o que torna admissível a inseminação heteróloga.

Para o Judaísmo, as obrigações principais do homem são o casamento e a procriação, atrelando-se a noção de legitimidade à filiação gerada no interior do casamento entre judeus, legitimidade esta que é transmitida pelo nascimento a partir de um ventre materno.²⁹¹ Neste viés, a inseminação artificial heteróloga não pode ser admitida, pois, em termos religiosos, não haveria como criar-se laços de parentesco entre o filho e o marido da mãe, aliado ao fato de que *“a intervenção de um terceiro, independente do ato sexual, choca frontalmente a proibição fundamental do adultério”*,²⁹² gerando um estado de indecisão quanto à identidade do filho assim gerado.

O judaísmo enfrenta com grandes restrições, a questão dos filhos oriundos de uniões mistas – ou seja, aquelas que não carregam a identidade judaica na íntegra, por conta do casamento entre judeus e não judeus – o que corrobora com vedação à

²⁹¹ “*Quem é judeu? Em teoria, fazendo uma generalização, por vezes imprecisa, mas de acordo com a lei judaica (Halachá), seria todo filho de mãe judaica, que passasse pelo ritual da circuncisão (Brit Milá). Isso o colocaria no pacto de Abraão que simboliza sua pertinência ao povo judeu. Isso não exime o judeu de outros dois aspectos fundamentais: o conhecimento da Lei (Torá) e a prática dos preceitos (mitzvot), que são o tripé básico do Judaísmo, de maneira simplificada: Brit (Pacto), Torá (Lei) e Mitzvot (Preceitos). Não creio que nenhum rabino ortodoxo, ou liberal, reformista ou conservador se oponha em princípio a esta definição básica. (...)*” (FELDMAN, Sérgio. *Quem é judeu?* In: **Visão Judaica**. ed. 31. Disponível em <http://www.visaojudaica.com.br/Dezembro2004/Artigos%20e%20reportagens/quem_e_judeu.htm>. Acesso em 30/04/2010).

²⁹² LEITE, Eduardo de Oliveira. Obra citada, p. 94.

inseminação artificial heteróloga.²⁹³ Por outro lado, admite-se e estimula-se a busca por alternativas de solução da esterilidade (tais como a reprodução assistida), função atribuída, em caráter sagrado, ao médico judeu. A vedação à masturbação exige que a coleta do sêmen do marido na inseminação artificial homóloga seja realizada por intermédio de preservativo, durante o contato sexual. O judaísmo opõe-se à inseminação *post mortem* pela potencialidade de ocasionar problemas psicológicos de difícil solução.

A Seicho-no-iê não admite a reprodução assistida justamente pelo seu caráter de artificialidade, ao passo que o Espiritismo e a Umbanda admitem-na por compreenderem que “*o homem pode usar sua inteligência para corrigir defeitos da natureza, estando porém, ciente de que a vida vem de Deus, atribuindo-se, ainda, à ciência, o papel de “esforço em busca da verdade”*”.²⁹⁴

O breve apanhado de correntes de pensamento extrajurídicas, apontando nas mais diversas direções, revela a delicadeza e complexidade da discussão acerca da reprodução humana assistida, o que não pode ser descurado pelo Direito na busca pela sua apreensão. A seguir, buscar-se-á compreender a projeção destas expectativas e diretrizes sociais no universo jurídico, com vistas a problematizar seus pressupostos, sobretudo quanto à necessidade, viabilidade e utilidade de uma regulamentação jurídica das técnicas de reprodução assistida, à técnica legislativa mais adequada para tal finalidade, à existência de um direito fundamental à reprodução e sua realização pela via assistida, bem como, aos valores e interesses resguardados nas diversas possibilidades de sua disciplina.

²⁹³ “Para os judeus, tais possibilidades são encaradas com bastante reserva porque tangenciam a questão fundamental da “identidade judaica”. A filiação por uma mãe judia é condição indispensável estabelecida pelas regras religiosas. Aos problemas ligados à endogamia e à exogamia se juntam aqueles que nascem da destruição dos papéis paternos, sempre que ocorre intervenção de doadores de esperma, óvulos ou mães de aluguel, exteriores ao casal. Visto que a tradição rege estritamente o estatuto das crianças oriundas das uniões ilegítimas, consideradas como “párias”, estes não podem ter filhos, por sua vez, sem transmitir este estatuto de “pária” na comunidade” (LEITE, Eduardo de Oliveira. Procriações artificiais e o Direito, p. 94).

²⁹⁴ MEIRELLES, Jussara. **Gestação por outrem e determinação da maternidade**: “Mãe de Aluguel”, p. 38.

3. Biodireito e reprodução humana assistida

3.1. Regulamentação normativa

A eficácia dos valores de índole moral e religiosa – que, de fato orientam boa parte dos procedimentos a serem realizados, seja pela via discursiva de persuasão, como ocorre na religião, seja pela via direta, através dos conselhos de ética e moral ao qual se vinculam as instituições e os profissionais envolvidos nos procedimentos – não possuem, no entendimento de Jussara Meirelles, plena eficácia no plano do dever-ser, pois não se impõem de forma coercitiva, alcançando apenas a dimensão da consciência axiológica ou social das pessoas. *“Necessário, por isso, que as normas sejam jurídicas, pois somente o caráter coercitivo que as caracteriza impedirá ao científico sucumbir à tentação experimentalista e à pressão de interesses econômicos”*.²⁹⁵

Da conjugação entre a Bioética e os avanços galgados pelas ciências biológicas, surge o Biodireito, como método de apreensão e valoração jurídica dos padrões éticos aplicados aos avanços científicos. Sua originalidade, segundo Reinaldo Pereira e Silva, *“está no reconhecimento de que a dimensão operacional do direito não deve se nortear, pura e simplesmente, pelo critério de validade formal; o biodireito expressa o compromisso operacional com a validade material, isto é, com a “validade ética”*”, pelo que, parafraseando Francesco D’Agostini, pode-se afirmar que *“o biodireito sem a bioética é cego e a bioética sem o biodireito resulta vazia”*.²⁹⁶

Tal como se opera em relação à Moral, Biodireito e Bioética guardam relação de compatibilidade e coordenação, o que se opera pela *“juridicização de determinados aspectos de temas bioéticos em virtude dos desdobramentos que a existência de um vazio normativo poderia causar a respeito de certas questões nos conflitos intersubjetivos de interesses”*.²⁹⁷

²⁹⁵ MEIRELLES, Jussara. **Reprodução assistida e exame de DNA**: implicações jurídicas, p. 26.

²⁹⁶ SILVA, Reinaldo Pereira e. **Introdução ao Biodireito**, p. 245.

²⁹⁷ GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. **A nova filiação**: O biodireito e as relações parentais: O estabelecimento da parentalidade-filiação e os efeitos jurídicos da reprodução assistida heteróloga, p. 53. No mesmo sentido: SILVA, Reinaldo Pereira e. **Introdução ao Biodireito**, p. 245.

O objetivo deste capítulo é a averiguação do biodireito em sua tarefa de disciplina jurídica das conquistas científicas e dos discursos produzidos pelos outros setores de pensamento a respeito da reprodução humana assistida, com vistas a descrever e problematizar a sua apreensão jurídica.

3.1.1. Direito Estrangeiro

A reprodução humana assistida não é disciplinada de modo idêntico nos países estrangeiros, podendo-se traçar, em linhas gerais, uma divisão mais significativa entre três grupos de países: o primeiro compreende os ordenamentos que vedam qualquer recurso à reprodução assistida, valendo-se de argumentos de índole religiosa (aqui se destacam países orientais); o segundo grupo é integrado pelas nações mais liberais, que admitem a sua utilização de modo quase indiscriminado, permitindo, inclusive, a mercancia de material genético e a remuneração de envolvidos (tal como ocorre em boa parte dos Estados Unidos); por fim, o terceiro grupo é composto por nações que admitem a utilização – e inclusive a provisão pública – das técnicas reprodutivas como forma de sanar o problema da esterilidade, submetendo-as, contudo, a limites e vedações, quer pela via legislativa, quer pelo controle realizado por conselhos de bioética que supervisionam todos os estágios de realização das técnicas e administram o credenciamento das médicos e instituições (este último grupo é integrado pelo Brasil, por alguns países latinoamericanos e por boa parte dos estados europeus).

Apesar da notória impossibilidade de construção de um sistema legislativo universal para o Direito de Família – já que este é o ramo do Direito Civil que recebe maior influência da cultura, moral, ética e religião vigentes em cada sociedade – a análise das soluções oferecidas pelos ordenamentos estrangeiros a questões comuns (reprodução humana assistida e seus meios de realização) é relevante para avaliar, por um lado, os parâmetros, resultados e eficácia desta apreensão e, por outro, analisar a sua viabilidade e necessidade no ordenamento brasileiro.²⁹⁸

²⁹⁸ Exaustiva argumentação acerca da relevância da análise comparativa em Direito de Família encontra-se em: GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. *Idem*, p. 179-221.

Acompanhe-se alguns exemplos de experiências estrangeiras de regulação da questão:

3.1.1.1. Suécia

A Suécia foi o primeiro ordenamento a dedicar estatuto legislativo à disciplina da reprodução humana assistida.

Já no final da década de quarenta, a comunidade jurídica sueca se interessou pela regulação da matéria, o que deu ensejo à formação de uma comissão estatal encarregada pela elaboração de um estatuto normativo de regulação da matéria. O resultado foi apresentado em 1953, sob a forma de lei especial, mas nunca chegou a ser aprovado. Em dezembro de 1981, reuniu-se outra comissão legislativa estatal, denominada Comissão Sobre Inseminações, que apresentou ao público um novo projeto de lei. Encaminhada a entidades administrativas e organizações não governamentais, a proposta foi amplamente debatida, vindo a se convertida em lei em 1º de março de 1985.

A lei contempla, em resumo, as seguintes diretrizes:

Restrição das técnicas aos casais (casados ou conviventes em união estável), vedada sua utilização por mulheres solteiras, viúvas ou lésbicas; restrição de sua realização apenas aos hospitais públicos; irrevogabilidade do consentimento prestado pelo marido, que será tido como pai da criança assim gerada, sem que possa impugnar este vínculo; vedação à inseminação *post mortem*; custeio da inseminação pelo seguro público, mas da indenização ao doador pelo particular interessado; recomendação aos médicos que incentivem os pais a revelar a forma do nascimento do filho; garantia do acesso do filho às informações do doador (sem, contudo, que se estabeleçam quaisquer vínculos de paternidade)²⁹⁹; restrição da fertilização *in vitro* à modalidade homóloga; vedação ao uso de espermatozoides ou óvulos de terceiros; permissão da gestação por substituição apenas em não havendo remuneração, desde que o filho seja adotado pela

²⁹⁹ GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. Idem, p. 299.

família solicitante; proibição, sob pena de prisão, da comercialização de esperma ou realização das técnicas com finalidade lucrativas.³⁰⁰

3.1.1.2. Portugal

A procriação medicamente assistida veio a ser recentemente disciplinada, no ordenamento português, por legislação específica: trata-se da Lei nº. 32/2006, aplicável à generalidade das técnicas usualmente utilizadas. Como principais características deste estatuto, destacam-se: alocação da dignidade humana como princípio a ser respeitado (art. 3º); vedação à discriminação; emprego das técnicas apenas como meio subsidiário, e não alternativo, de reprodução, destinado aos casos de infertilidade ou de doenças contagiosas (art. 4º); supervisão do Ministério da Saúde (art. 5º); restrição aos casados ou conviventes heterossexuais há mais de dois anos, maiores de 18 anos e sem debilidades mentais (art. 6º), sob pena de prisão (art. 35); vedação à clonagem reprodutiva, à eugenia, à escolha do sexo, exceto em havendo riscos de doença ligada ao sexo (art. 7º), sob pena de prisão e multa (arts. 37 e 38); vedação à gestação por substituição, gratuita ou onerosa, por nulidade do acordo e por vinculação da maternidade ao parto (art. 8º), com pena de prisão para quem a realize, direta ou indiretamente (por anúncio público), mediante pacto oneroso (art. 39); vedação à criação de embriões para pesquisas científicas, permitindo-se a utilização de embriões excedentários já inviáveis (art. 9º); permissão da doação de gametas e embriões, desvinculando-se a filiação dos doadores (artigo 10); possibilidade de recusa médica por razões de ordem clínica ou objeção de consciência (art. 11); direito à informação dos pacientes como requisito de validade do livre consentimento, revogável até o início do tratamento (arts. 12 e 14); direito à obtenção de informações sobre ascendência genética, resguardado o sigilo da identidade dos envolvidos, exceto “*por razões ponderosas reconhecidas por sentença judicial*” (art. 15); sigilo dos dados procedimentais (art. 16); vedação à comercialização de material genético (arts. 17-18);

³⁰⁰ “A lei sueca sobre reproduções artificiais é a primeira no mundo a tratar dessas atividades médicas em sua totalidade, partindo do princípio de que ter filhos não é um direito humano incondicional, assim a permissão para a utilização das técnicas de reprodução assistida só deve existir tendo por pressuposto que a criança que irá nascer da técnica terá condições favoráveis para crescer e se desenvolver plenamente”. (FERNANDES, Silvia da Cunha. Obra citada, p. 178).

alocação da inseminação artificial heteróloga a patamar subsidiário à homóloga (art. 19), com presunção de paternidade do marido/convivente, subordinada à prestação de consentimento (art. 20); vedação à inseminação artificial *post mortem*, admitindo-se, entretanto, a transferência *post mortem* de embrião “*para permitir a realização de um projecto parental claramente estabelecido por escrito antes do falecimento do pai, decorrido que seja o prazo considerado ajustado à adequada ponderação da decisão*” (art.22); de todo modo, em havendo violação ao artigo anterior, atribui-se a paternidade ao falecido, exceto se a mulher já conviver com outro homem, hipótese em que lhe poderá ser vinculada a filiação por presunção (art. 23); vedação à criação de embriões excedentários (art. 24); disciplina ao destino dos embriões excedentários (art. 25); regulação do Diagnóstico Genético Pré-Implantação (DGPI) (arts. 29-30); criação e delimitação da competência de atuação do Conselho nacional de Procriação Medicamente Assistida (CNPMA) (art. 33), atribuindo-se pena de prisão a quem empregar técnicas de procriação assistida fora de centros autorizados pelo CNPMA (art. 34); além da tipificação penal de várias condutas em descumprimento aos dispositivos anteriores (artigos 35-46).

Trata-se de regulamentação predominantemente casuística, que estabelece, em definitivo, respostas às questões mais gerais envolvidas na reprodução humana assistida – sobretudo aquelas que se resolvam, em seus últimos termos, no trinômio “permitido/obrigatório/proibido” – mediante cominação de severas sanções, de índole penal, pelo seu descumprimento.

3.1.1.3. Alemanha

Com base no “Relatório Benda”, elaborado em 1985, e em diretrizes da entidade da classe médica, estabeleceram-se alguns parâmetros sobre a reprodução assistida, dentre os quais, se encontra a limitação aos casais estéreis, sob o fundamento de que as técnicas não se prestam à satisfação de conveniências, apenas se justificando por finalidades terapêuticas. Previu-se, ainda, que apenas as instituições médicas credenciadas poderiam realizar as técnicas. Posteriormente, em 13 de dezembro de 1990, foi aprovada a Lei de Proteção aos Embriões.

Atualmente, vige legislação dispendo expressamente sobre a reprodução assistida, a qual prevê, em suma: a vinculação da inseminação homóloga à indicação médica; admissão da fertilização *in vitro* apenas na modalidade homóloga; proibição da inseminação *post mortem*; restrição da inseminação heteróloga aos casados (excluindo-se os companheiros), quando constatada irreversível infertilidade masculina, exigindo-se mediante consentimento expesso realizado perante notário após prévio estudo psicossocial, que exclui posterior contestação da paternidade; restrição à utilização do esperma do doador à apenas uma inseminação bem sucedida (vedando-se sua utilização por outros casais); garantia do direito do concebido a obter informações sobre sua ascendência genética, devendo os Centros de Reprodução manter arquivadas tais informações (não se estabelecendo, todavia, qualquer vínculo jurídico de paternidade entre doador e concebido)³⁰¹; gratuidade da doação de esperma; restrição da conservação do esperma congelado ao período de dois anos, vedando-se sua utilização após o falecimento do doador; restrição da fecundação ao número de embriões necessários para uma só transferência,³⁰² não se admitindo o seu congelamento (salvo em casos excepcionais); exclusão do acesso às técnicas por mulheres solteiras; proibição à doação de óvulos fecundados ou embriões, assim como à fecundação destinada à doação; vedação à maternidade de substituição, corroborada pelo BGB – que institui a maternidade plena da mulher que deu a luz à criança (§ 1.591); vedação à pesquisa sobre embriões, mesmo inviáveis para implante, à clonagem e modificação artificial de células humanas.³⁰³

3.1.1.4. Espanha

Igualmente, na Espanha, a questão é disciplinada por legislação específica (Lei nº. 35/1988), que dispõe, em síntese:

³⁰¹ GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. Idem, p. 266.

³⁰² SILVA, Reinaldo Pereira e. **Introdução ao Biodireito**, p. 316.

³⁰³ FERNANDES, Silvia da Cunha. Obra citada, p. 154-155.

Delimitação do acesso às técnicas a todas as mulheres maiores de dezoito anos com plena capacidade de agir (art. 6º, ap. 1º),³⁰⁴ bem como aos casos em que existam probabilidades razoáveis de êxito e ausência de riscos graves à mulher e descendentes (art. 2º, ap. 1º); necessidade de prestação de informações sobre os riscos (art. 6º, ap. 2º); exigência do consentimento livre do marido, para as casadas (art. 6º, ap. 4º); anonimato dos doadores, ressalvado o direito dos filhos e receptoras de gametas a obtenção de informações gerais do doador, desde que preservada sua identidade; em casos excepcionais de comprovado perigo para a vida do filho, admissão da revelação da identidade do doador, com caráter restrito, vedando-se a publicidade a respeito (art. 5º, ap. 5º); restrição da doação aos maiores de dezoito anos, saudáveis e com plena capacidade laboral (art. 5º, ap. 6º); busca pela maior compatibilidade fenotípica e imunológica (art. 6º, ap. 5º); vedação à posterior impugnação da paternidade pelos envolvidos que prestaram consentimento (art. 8º, ap.1); não-reconhecimento da filiação ocorrida por inseminação *post mortem*, salvo se a inseminação ocorrer anteriormente ao falecimento, ou se o falecido houver disposto por escritura pública quanto à realização da técnica, a ser concluída em seis meses (art. 9º, ap. 2º); nulidade dos contratos de locação de útero, com determinação da maternidade pelo parto (art. 10, ap. 2º);³⁰⁵ limitação da criopreservação do sêmen e de embriões ao período de cinco anos (art.11º, ap. 1º); expirado o prazo, os embriões excedentes transferem-se à disposição da instituição clínica (art. 11, ap. 4º); restrição das intervenções embrionárias ao diagnóstico e tratamento de doenças do próprio embrião (art. 12), desde que exista real necessidade e probabilidade de sucesso (art. 13); supervisão da Secretaria de Saúde Pública; permissão à fecundação experimental de óvulos de

³⁰⁴ Por consequência deste artigo, admite-se a utilização das técnicas por mulheres solteiras, viúvas e divorciadas, mesmo que isto implique na constituição de uma entidade monoparental programada, na qual se preestabeleça, desde a concepção, a orfandade do filho.

A doutrinadora espanhola Maria Fernández refuta as teses que sustentam a inconstitucionalidade do dispositivo (firmadas sob o argumento de que a medida frustra o direito do filho de ter pai e mãe, previsto pelo art. 39 da Constituição espanhola), por entender que, em não se admitindo tal prática, seria negado o direito à vida da criança. Esta tese parte do pressuposto que considera “*o direito de procriar como um dos aspectos do direito à vida, ou seja, o direito a dar vida*”. A autora sustenta, ainda, o princípio da igualdade e do livre desenvolvimento da personalidade. (Apud: GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. **A nova filiação**, p. 276-277).

³⁰⁵ A nulidade encontra respaldo, ainda, nos artigos 1.271, 1.275, 1.305 e 1.306, todos do Código Civil espanhol.

hamsters e outros animais (mediante autorização da autoridade competente) por espermatozoides humanos, desde que se interrompa o teste na primeira clivagem celular (art. 14, ap. 4).

3.1.1.5. Itália

A Câmara italiana aprovou, em 18 de junho de 2002, projeto de lei, formulado por Giancarlo Giorgetti (Lei nº40 de 19/02/2004), que disciplina uma série de questões envolvendo reprodução assistida.

Segundo consta no seu Projeto, a Lei se baseia em três conceitos fundamentais: *a)* reconhecimento do embrião como sujeito humano logo a partir da fecundação do óvulo; *b)* defesa da instituição familiar como célula fundamental da sociedade e determinante para a continuidade da espécie; e, *c)* defesa do direito do nascituro a ter um pai e uma mãe que o amparem, amem, eduquem e lhe assegurem o sustento necessário até a maioridade.³⁰⁶

Por esta iniciativa legal, funcionaliza-se a reprodução assistida pela solução de problemas de esterilidade e infertilidade; atribuem-se direitos aos envolvidos, inclusive ao concebido (art. 1º, co. 1º); outorga-se caráter subsidiário à reprodução assistida (art. 1º, co. 2º); destinam-se recursos à pesquisa do combate à esterilidade (art. 2º); restringe-se sua utilização apenas aos casos de infertilidade e esterilidade, subordinada aos seguintes princípios: gradatividade (menor invasão) e consentimento informado (art. 4º, co. 2º); veda-se qualquer técnica de reprodução heteróloga (art. 4º, co. 3);³⁰⁷

³⁰⁶ ITALIA. CAMERA DEI DEPUTATI. Proposta di legge d’iniziativa del deputato Giancarlo Giorgetti. Disponível em: <http://www.camera.it/_dati/leg14/lavori/stampati/pdf/14pdl_0000290.pdf>. Acesso em 10/07/2010.

³⁰⁷ Os fundamentos adotados para justificar a vedação à inseminação heteróloga são baseados em seus riscos, tidos por elevados: no plano ético-social, da ocorrência de uma seleção eugênica baseada nas características dos doadores e de união incestuosa de parentes biológicos; no plano psicológico, de ocorrência de graves problemas psíquicos pelos sujeitos interessados na técnica (nascituro e casal), posto que não se pode obstar o direito ao conhecimento da ascendência genética, bem como pelo fato o pai se colocar em posição alheia e inferior à “triade biológica” havida entre mãe-filho-doador. (In: ITALIA. CAMERA DEI DEPUTATI Ibidem).

Esta disposição, bem como a previsão da irrevogabilidade do consentimento após a fecundação do óvulo, vêm sendo objetos de acirradas críticas pela doutrina italiana, sobretudo pelo confronto com as leis vigentes nos demais países integrantes da União Européia. (CICCO, Maria Cristina de. *Obra citada*, p. 145).

restringe-se o acesso apenas aos casais (unidos por matrimônio ou união estável, desde que conviventes) heterossexuais, cujos membros estejam entre a maioridade e o fim do período de idade potencialmente fértil (art. 5º); disciplina-se o conteúdo das informações a serem prestadas como forma de esclarecer o consentimento (art. 6º), estipulando-se a forma de sua prestação, só podendo ser realizada a técnica sete dias após prestado o consentimento, assegurando-se a prerrogativa de sua revogação, até o momento da fecundação do óvulo (art. 6º, co. 3º); atribui-se ao médico a faculdade de rejeitar a realização da técnica, por motivos de ordem médica e sanitária (art. 6º, co. 4º); reconhece-se o status de filho legítimo ao concebido na reprodução assistida (art. 8º, co. 1º); caso se realize a técnica na modalidade heteróloga, em descumprimento à vedação do (art. 4º, co. 3), a paternidade atribui-se ao marido da mãe, que não pode impugná-la, vedando-se o estabelecimento de quaisquer vínculos jurídicos entre o doador e o concebido (art. 9º, co. 3º); disciplina-se a estruturação e registro das clínicas de fertilização (art. 10 e 11); estabelece-se uma série de sanções, de índole penal, para o descumprimento de suas diretrizes (art. 12), destacando-se a pena de reclusão de três meses a dois anos, e pagamento e multa variável entre seiscentos mil a um milhão de euros para que realizar, organizar ou tornar pública a comercialização de gametas ou embriões ou a maternidade por substituição (co. 6º), bem como a inabilitação vitalícia para o exercício da profissão do médico que realizar clonagem humana (co. 7º); disciplina-se a tutela do embrião humano (art. 13 e 14), destacando-se a restrição da fertilização *in vitro* de embriões ao número estritamente necessário à implantação (no máximo três),³⁰⁸ vedando-se a redução embrionária e a crioconservação, salvo por motivo de força maior (art. 14); institui-se, por fim, um fundo de apoio às técnicas de reprodução assistida (art. 18).³⁰⁹

3.1.1.6. França

³⁰⁸ Pela leitura do dispositivo, torna-se “*obrigatória a implantação de todos os três embriões, mesmo no caso de serem doentes*”, posição altamente criticável pela comunidade científica, diante da inviabilização dos diagnósticos pré-implantatórios, que podem evitar uma série de transtornos, inclusive o aborto. (CICCO, Maria Cristina de. *Idem*, p. 146).

³⁰⁹ ITALIA. CAMERA DEI DEPUTATI. **Legge 19 febbraio 2004, n. 40**. Disponível em <<http://www.camera.it/parlam/leggi/040401.htm>>. Acesso em 07/01/2011.

O atual Direito francês contempla três espécies de família: a *legítima*, formada pela união entre homem e mulher, com filhos havidos na constância do casamento; *natural*, constituída pela união entre homem e mulher com procriação extramatrimonial; e a *adotiva*, estabelecida pelo vínculo de adoção entre pais (casados ou não) e filhos. Paralelamente, figuram as comunidades monoparentais e recompostas, denominadas “entidades familiares” por Jean Carbonnier.³¹⁰

Em matéria de filiação, foi implementada, em 1972, a figura da *action à fins de subsides* (ação para fins de subsídio), que, não se confundindo com a investigação de paternidade, aplica-se aos casos em que a paternidade do filho é incerta, tendo por finalidade a condenação daquele que, à época provável da concepção, manteve relações sexuais com a mãe, ao pagamento de subsídios (auxílio material) ao filho, sem, contudo, que isso implique em qualquer sorte de constituição de vínculos de paternidade. O fundamento de tal condenação, na acepção de Carbonnier, baseia-se não na verdade biológica (que neste caso não é certa, mas apenas provável) e sim no risco jurídico gerado pela prática de relações sexuais não albergadas pela presunção de paternidade matrimonial.³¹¹

Também em 1972 foi unificada a filiação natural, deixando-se de fazer menção à origem incestuosa ou adulterina. Permitiu-se o reconhecimento dos filhos naturais, independentemente da origem, pois, exceto no que concerne ao incesto absoluto, “*os filhos não poderiam ser sancionados pelo comportamento de seus pais na prática do adultério ou do incesto*”.³¹² Subsistiu, com alterações, a presunção *pater is est*, e se passou a admitir a posse de estado de filiação como fonte de presunção de vínculos de parentalidade, a partir da verdade socioafetiva calcada na tríade *nomen, tractatus* e fama.

As técnicas de reprodução assistida foram disciplinadas por dois estatutos legislativos (nº 94-653 e 94-654), promulgados à mesma data (29/07/1994). Paralelamente à subsistência da classificação jurídica da filiação (distinção entre

³¹⁰ Apud: GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. **A nova filiação**, p. 239-240.

³¹¹ Apud: GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. *Idem*, p. 239-242.

³¹² GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. *Idem*, p. 242.

legítimos e ilegítimos, em respeito ao status marital dos pais), bem como da presunção legal de paternidade – o que, no caso da reprodução humana heteróloga, implica na inexistência de qualquer vínculo entre doador e concebido – a procriação passou a ser classificada em *charnelle* (carnal), quando efetivada pelas vias ordinárias, e *artificielle*, para compreender a procriação viabilizada pelas técnicas de reprodução assistida.³¹³

A Lei 94-654 imprimiu alterações ao Código de Saúde Pública, no sentido de reconhecer, aos casais, o direito à assistência reprodutiva, o que se subordina à observância de certas condições: o acesso é restrito aos cônjuges e companheiros que convivam há mais de dois anos, vedando-se, por consequência, sua extensão às pessoas sozinhas, independentemente do estado civil; a assistência é aplicável apenas nos casos em que comprovada a esterilidade ou a existência de doenças de significativa gravidade ou transmissíveis pela hereditariedade; o casal deve estar vivo (vedando-se a inseminação *post mortem*), estar em idade de procriar (inclusive para fins de se evitar grande disparidade de idade entre pais e filho), prestar consentimento esclarecido perante juiz ou notário, após o período de um mês a contar da obtenção de suficiente informação (exceto nos casos em que não se aplique material genético oriundo de terceiros tal como ocorre na inseminação homóloga); a inseminação homóloga prevalece sobre a heteróloga, apenas se admitindo a segunda quando esgotados todos os meios de realização da primeira modalidade; é necessária autorização judicial para transferência de embriões doados; no caso da inseminação homóloga havida entre cônjuges, a presunção de paternidade incide normalmente, o que se estende aos companheiros mediante reconhecimento judicial; a inseminação heteróloga pressupõe aprovação pelos CECOS, proibindo-se a utilização de espermatozoide fresco (recém-extraído); a doação do sêmen é gratuita, vedando-se qualquer forma de remuneração (o que torna nula a convenção, além de configurar ilícito penal), sendo necessária, ainda, a prestação de consentimento escrito pelo doador e pelo seu cônjuge, sob pena de sanção penal; o doador de sêmen teve ter obtido sucesso em uma procriação natural anterior e se submeter a exames médicos especializados para diagnóstico de possíveis doenças genéticas; restringe-se a cinco o número de embriões

³¹³ GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. Idem, p. 245.

a ser gerado a partir do mesmo doador; impõe-se o anonimato recíproco, e, por consequência, a escolha do doador; a paternidade jurídica se estabelece em favor do casal que aderiu à técnica, sendo vedada a investigação ou o estabelecimento de vínculos em relação ao doador; a FIVETE com doação de óvulos é disciplinada de modo semelhante ao da inseminação heteróloga, admitindo-se a utilização de ambos gametas oriundos de doação, caso ambos os cônjuges sejam portadores de causas de esterilidade; a conservação dos embriões excedentários subordina-se ao consentimento escrito do casal, que deve ser anualmente renovado; a maternidade é determinada pelo parto e a gestação por substituição é vedada, cominando-se nulidade a qualquer convenção que disponha neste sentido.³¹⁴

3.1.1.7. Inglaterra

O Direito Inglês, integrante do Common Law, ainda é influenciado por certa interação entre o Estado e a Igreja Anglicana que, em matéria de família, reflete em tendências pela equalização dos filhos matrimoniais e extramatrimoniais e pelo incremento da independência entre os cônjuges.³¹⁵ Não obstante, além da tradição jurisprudencial e dos estatutos vigentes, tratados e convenções internacionais versando sobre Direito de Família (e, especialmente, sobre direitos da criança e do adolescente, bem como sobre direitos humanos, como é o caso da Convenção Europeia sobre sua proteção), endossados pelo Estado inglês, orientam a disciplina jurídica das questões envolvendo paternidade e filiação.

No tocante aos filhos, vige a presunção de paternidade em favor do marido sobre aqueles havidos na constância do casamento. A filiação extramatrimonial é presumida em favor daquele que faz o pedido de inscrição do nascimento junto com a mãe da criança, ou quando há ajuste de responsabilidade comum, observadas as formalidades necessárias.

Em matéria de reprodução assistida, as já referidas conclusões do Relatório Warnock, formuladas em julho de 1984, exerceram grande influência sobre o Direito

³¹⁴ GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. Idem, p. 251-258.

³¹⁵ GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. Idem, p. 324.

consuetudinário inglês. Pelo Family Law Act, de 1987, foram admitidas as inseminações artificiais homóloga e heteróloga (o que incluiu, embora não expressamente, a *fertilização in vitro*, nas duas modalidades). Embora não houvesse sido vedada a inseminação *post mortem*, não havia suporte à atribuição de paternidade ao marido falecido, conforme decidido no julgamento da lide proposta por Diane Blood.³¹⁶

Os principais estatutos que regem o Direito de Família inglês são o Family Law Reform Act, de 1987, o Family Law Act, de 1996 e o Children Act, de 1989, elaborado no mesmo ano em que a Convenção das Nações Unidas sobre Direitos da Criança e do Adolescente foi aprovada pela Assembleia Geral da Onu (vindo a ser ratificada pela Grã-Bretanha em 1991).

Em 1990, pelo “*Human Fertilization and Embriology Act*”, foi proibida a gestação por substituição na forma remunerada, estabelecendo-se a maternidade pelo parto (o que se poderia reverter apenas pela adoção); instituiu-se uma autoridade de supervisão e fiscalização das práticas de reprodução humana assistida, com poderes de determinação da “*parental order*”, que é a própria instituição jurídica da paternidade e maternidade; instituíram-se ainda, critérios de licenciamento das clínicas de reprodução assistida.

Em 2008, foi promulgado um novo *Human Fertilisation and Embryology Act*, que imprimiu algumas reformas ao anterior (de 1990), que continuou vigente, nos seus ulteriores termos. Em síntese, a reforma implicou no reconhecimento os embriões que estejam fora do corpo (independentemente do processo de sua concepção) como sujeitos a regulação; regulação sobre a questão dos embriões “*human-admixed*”, ou seja, criados pela combinação de genes humanos e animais, para fins de pesquisa; vedação à seleção de sexo por razões não clínicas, admitindo-se, apenas, a seleção destinada a evitar a reprodução de doenças que só atinjam um determinado sexo; inclusão dos casais homossexuais como destinatários das técnicas de reprodução assistida (por doação de espermatozoides, óvulos ou embriões), inclusive com atribuição de paternidade; recolhimento de taxa destinada a assegurar o bem-estar da criança

³¹⁶ GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. Idem, p. 328.

concebida por reprodução assistida; substituição da expressão “*the need for a father*”(necessidade de um pai) pela expressão “*the need for supportive parenting*”(necessidade de paternidade que lhe conceda apoio, o que reflete o princípio da responsabilidade paternal)³¹⁷; e, por fim, em alteração das restrições sobre armazenamento de dados dos pacientes, com vistas ao desenvolvimento de pesquisas para o tratamento da infertilidade.³¹⁸

O princípio do melhor interesse da criança é parâmetro vinculante no direito britânico, com aptidão a determinar o parentesco – ou no mínimo, a responsabilidade parental em favor daqueles que melhor o promoverão, mesmo em não sendo estritamente observada a verdade biológica.³¹⁹

3.1.1.8. Estados Unidos

Pela sua organização política em forma de confederação, cabendo a cada estado a disciplina jurídica das matérias dentro de seu âmbito de competência, bem como em virtude de sua dimensão continental, os Estados Unidos da América são o país onde se encontra a maior diversidade de respostas jurídicas às inquietações do campo da família e, por consequência, da reprodução assistida. Esta diversidade é composta por alguns ordenamentos locais dotados de plena liberalidade – nos quais se permite o aborto, o aluguel de útero, a reprodução assistida por pessoas solteiras, o comércio de genes e embriões, inclusive sob a forma de leilão – e por outros onde se impõem severas restrições a estas questões.

Apesar da pulverização da disciplina normativa, é possível identificar-se algumas diretrizes fundamentais do Direito de Família Estadunidense: a cultura jurídica deste país é determinada por uma constante ponderação entre interesses do

³¹⁷ A expressão “parental responsibility”, empregada no Direito inglês, é traduzida por Guilherme Calmon Nogueira da Gama como “responsabilidade parental”, e não “paternal”, sob o argumento de que, em nome da igualdade entre cônjuges e do melhor interesse da criança, o conceito deve compreender as funções paternas e maternas (parentais, portanto). (In: Idem, p. 453).

³¹⁸ DEPARTMENT OF HEALTH. ACTS AND BILLS. **Human Fertilisation and Embryology Act 2008**. <Disponível em http://www.dh.gov.uk/en/Publicationsandstatistics/Legislation/Actsandbills/DH_080211>. Acesso em 05/01/2010.

³¹⁹ GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. **A nova filiação**, p. 239-330.

Estado, autonomia familiar e interesses individuais de cada membro da família, o que aloca o exercício de alguns direitos relacionados à família (casamento, procriação, educação dos filhos) na esfera de autonomia dos particulares, o que obstaría a ingerência estatal.³²⁰

No início da década de sessenta, boa parte dos estados americanos elaborou legislação particular acerca da reprodução humana assistida, geralmente dedicada a inseminação artificial heteróloga (que, na maioria dos estados, foi restrita aos casais). Em 1973, buscou-se a unificação nacional da disciplina da matéria (“*Section 5 of the Uniform Parentage Act*”, proposta de legislação modelo apresentada pela “*National Conference of Commissioners on Uniform State Law*”), o que não foi, contudo, levado a termo, prevalecendo as mais distintas teses nos tribunais locais.

Em termos genéricos, a maior parte dos ordenamentos locais estadunidenses se orienta pelas seguintes diretrizes: permissão à doação de gametas; inexistência de regra expressa (mas apenas de recomendação) quanto ao anonimato dos doadores e quanto ao caráter remunerado da doação; atribuição da paternidade ao marido que consente com a inseminação artificial heteróloga de sua esposa, vedando-se a futura impugnação; reconhecimento da maternidade pelo parto, solucionando-se a maternidade de substituição pela adoção do filho recém-nascido pelo casal solicitante.

Merece destaque a legislação do Estado de Louisiana de 14 de julho de 1986, que dispõe acerca do embrião, considerando-o pessoa, mesmo antes da implantação, o que lhe assegura o resguardo do melhor interesse, impede sua destruição intencional, e permite que os seus ascendentes biológicos o cedam, gratuitamente, a outro casal estéril, para implantação mediante adoção.³²¹;

³²⁰ Em outras palavras, “*aponta-se como um dos princípios mais importantes o da não-intervenção do poder público nas questões familiares, diante da autonomia que é reconhecida à família*”. GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. **Efeitos civis da reprodução assistida heteróloga de acordo com o novo Código Civil e Estatuto da Criança e do Adolescente**, p. 331.

³²¹ GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. *Idem*, p. 335.

3.1.2. Direito Brasileiro

No ordenamento brasileiro, não existe legislação que discipline, de modo específico, a reprodução assistida em toda a sua extensão. O Código Civil de 2002 limita-se a regular os efeitos da inseminação artificial (homóloga, heteróloga e *post mortem*) no estabelecimento da paternidade (art. 1.597) e de efeitos sucessórios (art. 1.799).³²² Conforme registra Guilherme Calmon Nogueira da Gama, a disciplina da reprodução humana assistida foi propositalmente omitida pelo Código, pois, segundo Miguel Reale, as questões envolvendo “bebês de proveta” transcendem o campo do direito civil e, tal como a destinação dos embriões excedentários, apenas têm cabimento em sede de legislação especial, que poderia ser obstada pelo enfrentamento destas questões pelo Código Civil.³²³ A seu turno, a lei nº. 5.560/1992 regula apenas a investigação de paternidade de filhos havidos fora do matrimônio. A seu turno, a Lei de Biossegurança (Lei 11.105/2005) trata apenas da clonagem terapêutica e da pesquisa com células trono embrionárias.

Atualmente, no Brasil, encontram-se vigentes as Resoluções nº. 1.931/2009 e 1.597/2010, ambas do Conselho Federal de Medicina (CFM), nº. 196/1996, 246/1997 e 303/2000, todas do Conselho Nacional de Saúde (CNS).

Pelas Resoluções nº 196/1996 e 246/1997, ambas do CNS, foi criada a Comissão Nacional de Ética em Pesquisa – CONEP. Integrada ao CNS, esta entidade tem por finalidade “*implementar as normas e diretrizes regulamentadoras de pesquisas envolvendo seres humanos, aprovadas pelo Conselho*”, tendo “*função consultiva, deliberativa, normativa e educativa, atuando conjuntamente com uma rede de Comitês de Ética em Pesquisa - CEP- organizados nas instituições onde as*

³²² A questão da paternidade e filiação presumidas, oriundas das técnicas de inseminação artificial serão abordadas no capítulo seguinte. Do mesmo modo, a questão sucessória envolvendo embriões congelados para fins de inseminação *post mortem*.

³²³ GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. **Efeitos civis da reprodução assistida heteróloga de acordo com o novo Código Civil e Estatuto da Criança e do Adolescente**, p. 271. Nas palavras de Maria Berenice Dias: “*regulamentação tão acanhada encontra como justificativa não estar o tema suficientemente amadurecido, trazendo problemas altamente técnicos, que ficam melhor acomodados em lei especial*” (In: **Manual de Direito das Famílias**, p. 302).

pesquisas se realizam”.³²⁴ A comissão tem caráter multidisciplinar, sendo constituída por membros de diversas áreas: Medicina, Farmácia, Bioquímica, Enfermagem, Odontologia, Psicologia, Direito, Teologia, História Natural e Filosofia.³²⁵

A seu turno, a recente solução do Conselho Federal de Medicina (editada sob o nº 1.957/2010), derogou a Resolução nº 1.358, que, desde 1992, era o estatuto ético-profissional que orientava a reprodução humana assistida. Entretanto, apesar da revogação, a primeira resolução foi reproduzida em sua quase integralidade. As poucas modificações se operaram: no acesso às técnicas (que, antes, era restrito às mulheres e, agora, foi ampliado a todas as pessoas capazes, dando-se a entender a sua extensão aos solteiros e a casais homossexuais); na dispensa, ainda, o consentimento do cônjuge ou companheiro; no estabelecimento de limites etários para o implante de embriões, na fertilização *in vitro*; substituiu-se a expressão “pré-embrião” por “embrião”; instituiu-se a autorização ética para a reprodução assistida *post-mortem*, desde que haja prévia e específica autorização do falecido.

Não se trata, contudo, de normas jurídicas elaboradas por representantes da população, democraticamente eleitos, em observância ao trâmite do processo legislativo constitucionalmente instituído (art. 59 e seguintes da CF), mas de normas éticas, dotadas de conteúdo deontológico (ordem do *dever-ser*). Segundo Jussara Meirelles, cuida-se de atos regulatórios, de cunho administrativo, emanados por entidades de classe (no caso do CFM), e pela Administração Pública (CNS e Ministério da Saúde), contendo indicações de posturas médicas destituídas de cogência, “*portanto, insuficiente[s] para delimitar atividades que a lei formal brasileira não proíbe expressamente*”.³²⁶ O descumprimento das indicações contidas nos referidos estatutos gera responsabilização administrativa do profissional perante seu conselho de classe (o que pode ser sancionado com pena de inabilitação ao exercício da profissão), e pode servir de fundamento a eventual demanda judicial

³²⁴ Disponível em <<http://www.datasus.gov.br/conselho/comissoes/etica/conep.htm>> (Acesso em 10/08/2010).

³²⁵ Conforme resolução nº. 246/97, disponível em <<http://www.datasus.gov.br/conselho/comissoes/etica/composicao.htm>> (acesso em 10/08/2010).

³²⁶ MEIRELLES, Jussara. **Reprodução assistida e exame de DNA: implicações jurídicas** (...), p. 26.

intentada pelo paciente visando a responsabilização do profissional por conduta ou procedimento que lhe cause dano.

Em termos legislativos, a reprodução humana assistida foi objeto de quatro projetos de Lei que tramitaram pelo Congresso Nacional nos últimos anos. Atualmente, três deles se encontram arquivados pelo encerramento da legislatura em que atuaram seus respectivos relatores.³²⁷

A proposição legislativa que atualmente tramita perante o Congresso Nacional é Projeto de Lei nº. 1184/2003, de autoria do Deputado José Sarney. Em síntese, este projeto: restringe as técnicas de reprodução assistida às mulheres (o que exclui, portanto, casais de homossexuais) portadoras de causas de infertilidade e de doenças ligadas ao sexo, desde que exista indicação médica, livre consentimento, idade compatível, aptidão física e psicológica pela receptora e aptidão física e mental pelo doador de gametas (art. 2º e incisos); proíbe a gestação por substituição (art. 3º); impõe a coleta de consentimento livre e esclarecido, por instrumento particular (vedando-se a procuração), contendo esclarecimentos acerca de matérias previamente estabelecidas em regulamento (art. 4º e incisos); responsabiliza as instituições clínicas por todo o procedimento (art. 5º); estabelece requisitos mínimos de obtenção de autorização de funcionamento (art. 6º); veda qualquer sorte de remuneração ou cobrança pela doação de gametas (art. 7º), destacando-se a obrigatória informação acerca de doações anteriores, bem como, de histórico de doenças genéticas na família (§2º do mesmo artigo); prevê o descarte dos gametas após a utilização bem sucedida, *“de forma a garantir que o doador beneficiará apenas uma única receptora”* (§4º do mesmo artigo); estabelece o sigilo de identidade entre doadores e receptores (art. 8º), mas reconhece o direito das pessoas assim concebidas à obtenção de todas as informações relativas ao processo de sua concepção, *“inclusive à identidade civil do doador, obrigando-se o serviço de saúde responsável a fornecer as informações solicitadas, mantidos os segredos profissional e de justiça”* (§1º); estende a revelação das identidades aos casos de necessidade médica ou para o estabelecimento de

³²⁷ Uma análise acurada do conteúdo destes projetos pode ser encontrada em GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. **Efeitos civis da reprodução assistida heteróloga de acordo com o novo Código Civil e Estatuto da Criança e do Adolescente**, p. 288 e seguintes.

impedimentos matrimoniais (§2º); atribui aos centros de reprodução a responsabilidade pela seleção dos doadores (art. 10), vedada a participação de seus próprios agentes (art. 11); limita-se a dois o número de embriões a serem produzidos e transferidos por ciclo (art. 13º), estipulando-se a obrigação de transferência, a fresco, de todos os embriões obtidos (§2º mesmo artigo); prevê-se que os embriões congelados *in vitro*, anteriormente à sua implantação, não possuem personalidade jurídica; (art. 3º); quanto à filiação, estabelece que “*será atribuída aos beneficiários a condição de paternidade plena da criança nascida mediante o emprego de técnica de Reprodução Assistida*” (art. 16), o que subsiste mesmo em caso de morte dos beneficiários; estabelece-se que o doador e seus parentes biológicos não terão qualquer vínculo jurídico de paternidade ou maternidade jurídicas com a pessoa assim gerada, exceto no que concerne aos impedimentos matrimoniais (art. 17); por fim, estabelece-se uma série de sanções, de índole penal e administrativa, ao descumprimento das diretrizes estabelecidas pelo estatuto legal (artigos. 19 a 21).

Enquanto esse projeto não for definitivamente aprovado, subsiste a inexistência de legislação brasileira a compreender a reprodução humana assistida, as razões de ordem médica e social que possam justificar seu emprego, a autorização e fiscalização dos médicos e clínicas especializadas, os limites quanto às possíveis técnicas e sujeitos que possam a elas se submeter, a medida mais adequada a cada caso, tampouco a disponibilidade de recursos públicos para esta finalidade. Sua disciplinada é atualmente levada a efeito pelos referidos estatutos deontológicos contendo recomendações éticas e procedimentais que, efetivamente, vinculam as práticas médicas, sob pena de sanção imposta pelos conselhos de classe. O que se extrai da legislação em vigor é apenas a regulamentação de alguns de suas circunstâncias e consequências e jurídicas da reprodução assistida, tais como o destino dos embriões excedentários e a possibilidade de sua “produção” funcionalizada à pesquisa com células-tronco (Lei de Biossegurança),³²⁸ bem como a disciplina dos vínculos jurídicos de paternidade e maternidade, pelo Código Civil.³²⁹

³²⁸ Lei 11.105/2005, art. 5º.

³²⁹ Dispõe o Código Civil de 2002:

Os exemplos dos países europeus (Suécia, Portugal, Itália, Espanha e Alemanha), seguidos pela relatoria do projeto de lei brasileiro, demonstram que, com certa dose de reflexão, é *possível* oferecer-se, de antemão, respostas às interrogações envolvidas nos principais procedimentos de reprodução humana assistida, tais como a inseminação artificial, fertilização *in vitro*, doação de gametas, embriões, gestação por substituição e clonagem. Nos estatutos acima referidos, estabeleceu-se uma série de permissões, obrigações e proibições – algumas das quais sancionáveis com penas privativas de liberdade, como no exemplo português – que, de certo modo, abrangem considerável parcela das atuais *possibilidades* galgadas pela medicina e biologia na contemporaneidade.

Todavia, verificada tal possibilidade há que se questionar acerca da *necessidade*, pertinência e viabilidade da apreensão, pelo legislador, de questões de tão relevante cunho existencial – posto que ligadas à produção e reprodução da vida humana, envolvendo, de modo direto, interesses constitucionalmente relevantes, mas não raramente conflituosos.

Para nortear tal reflexão, impõe-se questionar: “a que, e quem serve” a apreensão e a resolução antecipada do mérito de tais questões por parte do legislador?

A regulação normativa serviria de fonte de segurança jurídica aos jurisdicionados, que teriam a possibilidade de saber, de antemão, o que podem e o que não podem fazer para viabilizar seus intentos reprodutivos? E tal direcionamento, oriundo da dimensão do *dever-ser*, amenizaria os anseios dos particulares e eliminaria toda a carga de angústia gerada pela infertilidade (ordem mais íntima do *ser*)? Teria a norma jurídica em questão, suficiente eficácia e poder coercitivo para dirigir o avanço da ciência ao caminho que se reputasse adequado e, ainda, para definitivamente impedir os particulares de realizar o proibido, se tal fosse o único modo de resolver a questão particular de sua esterilidade? A questão pode ser respondida de duas maneiras:

“**Art. 1.597.** Presumem-se concebidos na constância do casamento os filhos: (...) III - havidos por fecundação artificial homóloga, mesmo que falecido o marido; IV - havidos, a qualquer tempo, quando se tratar de embriões excedentários, decorrentes de concepção artificial homóloga; V - havidos por inseminação artificial heteróloga, desde que tenha prévia autorização do marido”.

A primeira, de *cunho negativo*, encontra fundamento na própria natureza de seu objeto: a vida humana e sua reprodução. Algo que se pode afirmar, com segurança, é que, tão ou mais delicado do que se disciplinar a morte, é disciplinar-se a gênese da vida, que se apresenta circunstanciada de modos únicos em cada caso particular. Tamanha complexidade retira do legislador o poder estipular, de antemão, os efeitos jurídicos, limites, possibilidades e condições a orientar a reprodução humana medicamente assistida.

A consciência desta impossibilidade do legislador quanto ao enfrentamento de questões de índole humana existencial – bem como de outras questões, inclusive de índole patrimonial, cuja intensidade evolutiva/transformadora operou na rápida defasagem das respostas oferecidas pelos Códigos,³³⁰ culminando no fenômeno da descodificação, constitucionalização e “recodificação” a partir de uma reestruturação da técnica legislativa³³¹ – é corroborada pela percepção da cultura jurídica quanto à crise do modelo de Código de índole positivista e racionalista, vigente desde o pós-iluminismo.³³² Conforme percebe, com lucidez, Paolo Grossi: “*acredito que o legislador pretendeu realizar uma ingerência excessiva no mundo moderno através de*

³³⁰ Nas palavras de Paolo Grossi, trata-se de “*uma práxis que continuamente forma institutos novos e continuamente os supera, massacrando-os ou criando novos, em uma corrida caracterizada por uma extrema rapidez*”. (GROSSI, Paolo. **Mitologias jurídicas da modernidade**, p. 139-141).

³³¹ Para uma compreensão aprofundada do fenômeno da codificação, descodificação e “recodificação” já a partir da ótica civil-constitucional, ver: MARTINS-COSTA, Judith. **O Direito Privado como um “Sistema em Construção”**: As Cláusulas Gerais no Projeto do Código Civil Brasileiro. In: Revista da Faculdade de Direito da UFRGS. V. 15. Porto Alegre: Síntese, 1998.; TEPEDINO, Gustavo. Crise de Fontes normativas e técnica legislativa na parte geral do Código Civil de 2002. In: _____ (coord.) **A parte Geral do Novo Código Civil**: Estudos na perspectiva civil-constitucional 2.ed. Rio de Janeiro: Renovar: 2003; e, TEPEDINO, Gustavo. O Código Civil, os chamados microssistemas e a Constituição: premissas para uma reforma legislativa. In: _____ (coord.). **Problemas de Direito Civil-constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

³³² Destaca Judith Martins-Costa: “*No universo craquelé da Pós-Modernidade não tem sentido, nem função, o código total, totalizador e totalitário, aquele que, pela interligação sistemática de regras casuísticas, teve a pretensão de cobrir a plenitude dos atos possíveis e dos comportamentos devidos na esfera privada, prevendo soluções às variadas questões da vida civil em um mesmo e único corpus legislativo, harmônico e perfeito em sua abstrata arquitetura. Mas se falta sentido hoje a esse modelo de Código, isto não significa que nenhum modelo de código possa regular as relações jurídicas da vida privada*” (Grifou-se) (MARTINS-COSTA, Judith. Obra citada, p. 131).

*uma arrogante monopolização do fenômeno jurídico; infelizmente, fazendo isso, também demonstrou o quanto é impotente”.*³³³

Segundo os partidários desta primeira tese, no âmbito da reprodução humana assistida, a simples elaboração de minuciosa legislação não detém o condão de esgotar a questão, devido ao seu alto grau de complexidade e pela própria natureza dos valores envolvidos. Tal impotência já restou amplamente demonstrada pela defasagem sofrida ao longo do tempo pela normativa instituidora da desigualdade dos cônjuges e dos filhos, como visto no capítulo inicial. Sua aplicação poderia gerar um conflito de valores na subjetividade dos destinatários: por um lado, cumprir as determinações legais, por outro, ingressar no âmbito do ilícito com vistas a empregar técnicas reprodutivas em desacordo com a lei, com vistas a realizar seu legítimo interesse de efetivar seu projeto parental e familiar (o que, aliás, encontra respaldo em muitas constituições, inclusive em nossa – art. 226, §7º). Assim, a partir de tal compreensão, é possível responder-se a questão de modo negativo, ou seja, reputar-se inviável a regulação legislativa da reprodução humana assistida.

Contudo, se sopesados os mesmos parâmetros de argumentação – levando-se em conta a tradição codificada dos ordenamentos de orientação romano-germânica, a impossibilidade de pronta desconstituição da crença na segurança e certeza jurídicas irradiadas pela apreensão legislativa das questões humanas de maior relevância, aliados à constatação de frequentes descumprimentos das diretrizes éticas contidas nos códigos de ética médica – pode-se chegar a uma resposta diversa, de *cunho afirmativo*.

Esta segunda resposta compreender ser realmente viável e necessária e adequada a apreensão legislativa da reprodução humana assistida, tal como já ocorreu no direito estrangeiro. Sem qualquer prejuízo da manutenção da vigência dos estatutos éticos – que, juntamente aos avanços no conhecimento da medicina e da bioética, são aptos a servir de parâmetro ao legislador na disciplina da matéria – deveria, segundo esta tese, ser elaborada legislação direcionada à regulação da reprodução humana assistida, em seus principais desdobramentos, unificando-se esta prática em nível nacional.

³³³ GROSSI, Paolo. Obra citada, p. 144.

A partir desta conclusão, um segundo estágio de reflexão se impõe: qual seria a técnica legislativa mais apta a disciplinar as questões desta natureza?

A elaboração desta segunda resposta pressupõe compreender-se que o modelo de Código legislativo a que se fazia referência, até então, encontra-se em crise (transformação), sobretudo por força da **constitucionalização do direito civil** (*“processo de elevação, ao plano constitucional, dos princípios fundamentais do direito civil, que passam a condicionar a observância pelos cidadãos, e a aplicação pelos tribunais, da legislação infraconstitucional”*)³³⁴ e da introdução da técnica legislativa baseada em **cláusulas gerais** (*“referências que o legislador faz a noções pertencentes à consciência coletiva (boa-fé, bom costume, usos comuns, diligência do bom pai de família e assim por diante), indicando ao juiz um reservatório extra legem a ser alcançado pela sua decisão”*).³³⁵ Ambos os fenômenos – constitucionalização e introdução das cláusulas gerais – reclamam uma postura distinta do julgador: *“Nesta perspectiva, o juiz é, efetivamente, a “boca da lei” – não porque reproduza, como um ventríloquo, a fala do legislador, como gostaria a escola da Exegese – mas porque atribui a sua voz a dicção legislativa, tornando-a, enfim e então, audível em todo o seu múltiplo e variável alcance”*.³³⁶

Portanto, em atenção à conformação contemporânea do conceito de Código, o enfrentamento da reprodução humana assistida pela legislação ordinária deve ser operado a partir de cláusulas gerais – que permitam a construção de seu conteúdo normativo específico (concreção), pelo intérprete do caso concreto a partir dos parâmetros normativos e hermenêuticos advindos da principiologia constitucional³³⁷ – o que se mostra mais eficaz à realização da diretriz da operabilidade, além de

³³⁴ LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Constitucionalização do direito civil**, p. 100.

³³⁵ GROSSI, Paolo. Obra citada, p. 123, nota 22.

³³⁶ MARTINS-COSTA, Judith. Obra citada, p. 139.

³³⁷ Em comentário à constitucionalização do Direito Civil brasileiro, afirma Gustavo Tepedino: *“Há que se ler atentamente o Código Civil de 2002 na perspectiva civil-constitucional, para se atribuir não só às cláusulas gerais, aqui realçadas por sua extraordinária importância no sistema, mas a todo o corpo codificado um significado coerente com a tábua de valores do ordenamento, que pretende transformar efetivamente a realidade a partir das relações jurídicas privadas, segundo os ditames da solidariedade e justiça social”* (TEPEDINO, Gustavo. **Crise de fontes normativas e técnica legislativa na parte geral do Código Civil de 2002**, p. XXXIII)

encontrar harmonia com a tábua de valores que informa o atual Direito Civil brasileiro: declínio do formalismo e de antigas dicotomias (público/privado, sujeito/comunidade, legitimidade/ilegitimidade) em nome da proteção de direitos fundamentais e satisfação de interesses legítimos (sobretudo existenciais) dos sujeitos, sob o inafastável crivo da principiologia constitucional³³⁸ e do status privilegiado nela desfrutado pela dignidade da pessoa humana.

Assim, em vez de buscar antever e fixar todas as soluções (permissões, limitações, condicionamentos) aos reclamos sociais envolvendo a reprodução assistida, caberia ao legislador estabelecer cláusulas gerais contendo princípios e conceitos jurídicos inicialmente indeterminados (embora determináveis) para que, em um segundo momento, venha o interprete a construir, no caso concreto, a solução mais consentânea aos interesses das partes à luz das diretrizes constitucionais.

Há que se admitir que, de fato, o Projeto de Lei nº 1.184/2003, em trâmite perante o Congresso Nacional, exceto no que refere à exclusão da personalidade jurídica dos embriões (art. 13, §2º) contempla várias diretrizes altamente recomendáveis (pois consentâneas com a tendência humanística do Direito de Família constitucionalizado) e viáveis ao estabelecimento de um sistema seguro e eficiente de reprodução humana assistida – tais como a proibição da maternidade por substituição e de qualquer contraprestação pecuniária pela doação de gametas; o estabelecimento do anonimato ressalvado pelo exercício do direito à identidade genética, destituído, entretanto, de aptidão para o estabelecimento de vínculos de filiação entre doador e concebido; a revelação das identidades recíprocas por razões clínicas, buscando-se, dentro do possível, a manutenção do anonimato; limitação à concepção de embriões excedentários, etc. – o que, a uma primeira leitura, poderia se mostrar adequado aos objetivos perfilhados pela doutrina contemporânea, filiada à metodologia civil-constitucional. Todavia, não se pode perder de vista um outro fio condutor desta mesma metodologia (endossado pelo presente estudo), que diz respeito à

³³⁸ Pietro Perlingieri discorda parcialmente desta linha de raciocínio, por entender que, de fato, “*para uma eventual disciplina normativa da inseminação artificial, é preferível a técnica legislativa por princípios àquela de tipo regulamentar. Todavia, é duvidoso que também uma lei formulada por princípios seja útil, na medida em que os princípios relativos aos problemas da pessoa já encontram completa expressão no Texto Maior*”. (In: Obra citada, p. 175).

impossibilidade de solução *a priori* das questões envolvendo a reprodução da existência humana, o que torna mais recomendável o seu enfrentamento pelo recurso às cláusulas gerais, que estabeleçam não apenas permissões ou proibições sancionadas nas esferas administrativa e criminal, mas forneçam princípios gerais de valoração e merecimento de tutela destas situações, a serem efetivados pelo intérprete em cotejo com a incidência de demais normas e princípios dotados de semelhante relevância em face da Constituição Federal.

A minguada da edição de legislação específica acerca da reprodução humana assistida, no Brasil, alguns autores têm se valido da exegese de princípios constitucionais e de princípios gerais do Direito³³⁹ para, geralmente por derivação, formular proposições jurídicas que se situam desde o campo meramente hermenêutico (critérios hermenêuticos para construção de soluções no caso concreto) até o plano dos Direitos e Garantias Fundamentais, como é o caso do “Direito fundamental à reprodução assistida”, a seguir analisado.

3.2. Direito fundamental à reprodução assistida

As questões envolvendo biotecnologia, especialmente aquelas ligadas à reprodução humana assistida, desenvolveram-se em um ritmo surpreendente no último século, o que não foi diferente na primeira década do atual. Ocorre que grande parte das transformações não foi, ou foi deficientemente disciplinada pelo Direito, quer por

³³⁹ Os quais, a propósito, não se confundem. Em comentário ao artigo 12 das disposições preliminares do Código Civil italiano – que permite “o reenvio aos ‘princípios gerais do ordenamento jurídico do Estado’ como remédio subsidiário e residual em relação à aplicação de uma ‘específica disposição’ e ao recurso à analogia legis”, Pietro Perlingieri esclarece, com precisão: “A alternativa é clara: se os princípios gerais invocados em tal disposição se deduzem em nível de legislação ordinária, o recurso a eles, na dúvida da interpretação e em via residual, se apresenta de acordo com a hierarquia das fontes; se, vice-versa, nesses princípios se identificam também ou somente aqueles constitucionais, a norma seria, em todo ou em parte, manifestamente inconstitucional, já que impediria o uso, em via primária e em sede interpretativa, das normas hierarquicamente superiores, constituindo, assim, uma manifesta disfunção do sistema” (Grifou-se) (in: **O Direito Civil na Legalidade Constitucional**, p. 573).

Os apontamentos de Perlingieri são igualmente coerentes com o ordenamento civil-constitucional brasileiro, em que, diante da omissão legislativa, impõe-se ao juiz que decida a partir da analogia, dos costumes e dos princípios gerais do direito (artigo 4º da LICC). Identificar estes últimos com os princípios constitucionais implicaria em relegar a constituição a um segundo plano perante a legislação ordinária, pois apenas seria admitida sua incidência na hipótese de omissão da lei infraconstitucional.

conta da imprevisibilidade dos avanços técnicos (até mesmo pela comunidade científica), quer porque o fenômeno jurídico não se revelou uma medida suficiente à resolução dos conflitos gerados nesta arena, dada a complexidade de valores e interesses de natureza existencial envolvidos.

Com vistas à elevação da tutela de parte destes interesses a um patamar superior na hierarquia do ordenamento jurídico, parte da doutrina vem firmando entendimento no sentido de imprimir à utilização das técnicas de reprodução assistida o caráter de direito subjetivo fundamental,³⁴⁰ com conteúdo prestacional oponível perante o Estado, que estaria adstrito ao fornecimento de estrutura material e pessoal para a os casais interessados que se enquadrassem nos parâmetros legais,³⁴¹ sobretudo no que se refere à comprovação robusta acerca da infertilidade conjugal, a partir de parâmetros cientificamente vigentes.

De fato, a partir de certas premissas metodológicas – parâmetros constitucionais e de interpretação das normas jurídicas – é possível afirmar-se a existência de tal direito subjetivo, inclusive imprimindo-lhe o caráter de direito fundamental.

O acesso à reprodução assistida localiza-se na categoria dos direitos fundamentais “*fora de catálogo*”, ou seja, aqueles que, mesmo não sendo expressamente dispostos pelo texto constitucional, decorrem do regime e dos princípios por adotados, nos termos do que dispõe o art. 5º§ 2º: “*Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte*”.³⁴² Assim, a outorga do caráter de direito fundamental à reprodução assistida pressupõe a observância de uma dupla sorte de requisitos de índole constitucional: atendimento ao chamado “regime constitucional” e coerência com outros princípios constitucionais de onde possa derivar a existência deste direito,

³⁴⁰ DIAS, Maria Berenice. Obra citada, p. 298.

³⁴¹ Dispõe a Resolução CFM nº 1.957/2010: “*As técnicas de RA podem ser utilizadas desde que exista probabilidade efetiva de sucesso e não se incorra em risco grave de saúde para a paciente ou o possível descendente*” (art. I, inc. 2º).

³⁴² Não se trata de inovação da Carta de 1988, posto que as Constituições anteriores continham disposições em sentido semelhante: Art. 78 da CF de 1981, art. 114 da CF de 1934, art. 123 da CF de 1937, e art. 153, §6º da CF de 1967, todas promulgados no decorrer do desenvolvimento científico das técnicas que integram o objeto do direito fundamental ora examinado.

o que seria uma espécie de “norma implícita” no sistema jurídico vigente, a ser revelada pela construção interpretativa.³⁴³

A hermenêutica construtiva do direito fundamental à reprodução humana encontra suporte em alguns princípios e valores constitucionais basilares, quais sejam:

Liberdade (art. 5º da CF): exercida sobre o próprio corpo na forma de autodeterminação, compreende a autonomia da vontade empregada em questões de índole existencial; no presente caso, refere-se à faculdade de se reproduzir ou deixar de fazê-lo, bem como a forma pela qual isso ocorrerá (escolha dentre as possíveis técnicas de reprodução assistida), o que é correlato, obviamente, à assunção de uma gama de direitos e obrigações vinculados à opção de se ter filhos. Compreendem-se, em seu âmbito, dois diferentes aspectos: “a liberdade de procriar (ou liberdade positiva) que permite à pessoa ter filhos quando decide tê-los; e a liberdade de não procriar (ou liberdade negativa) que tem o efeito da pessoa não ter filhos quando decide não tê-los”.³⁴⁴ A premissa de que a liberdade só encontra limites diante de expressa restrição legal³⁴⁵, ou em casos de conflito com outros direitos e de semelhante posição hierárquica na axiologia constitucional – o que se opera mediante ponderação, no caso concreto – corrobora com a sustentabilidade deste direito fundamental no âmbito do princípio da liberdade, o que deverá ser problematizado em hipóteses de conflito com outros direitos.

Tutela constitucional da entidade familiar (art. 226, caput) e ao planejamento familiar (226, §7º da CF): apesar da redação da Constituição Federal aparentemente compreender a proteção das famílias já constituídas, quer pelo casamento ou união

³⁴³ “Isto quer dizer que a identificação de um novo direito fundamental material no sentido do art. 5º, §2º consiste menos numa “descoberta” e mais numa construção hermenêutica”. KRELL, Olga Jubert Gouveia. **Reprodução Humana Assistida e Filiação Civil**, p. 102. Parafraseando Marcos Bernardes de Mello, anota esta autora: “Não há criação de norma nova, mas apenas revelação de norma que já existe de modo não expresso, implícito no sistema jurídico” (In: Ibidem). Para aferição desta metodologia de operacionalização dos princípios constitucionais, recomenda-se: SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais: Uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 10.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010; e, CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7.ed. Coimbra: Almedina, 2003.

³⁴⁴ MORI, Maurizio. **Fecundação assistida e liberdade de procriação**, p. 57.

³⁴⁵ CF, art. 5º, inciso II: ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei.

estável (parágrafos 1º a 3º do art. 226), quer pela comunidade formada entre qualquer dos pais e seus filhos³⁴⁶ (§4º do mesmo artigo), não dispondo expressamente sobre os modos de tal constituição – o que é disciplinado pela legislação ordinária, especialmente o Código Civil – é “*possível construir um direito do homem e da mulher à reprodução, seja ela natural ou artificial, enquanto expressão do direito de constituir uma família*”.³⁴⁷ A oponibilidade deste direito em face do Estado sob a forma de prestação (disponibilização de recursos para a realização das técnicas) pode também ser fundada no que dispõe a segunda parte do §7º do artigo 226 da Constituição Federal: “(...) *o planejamento familiar é livre decisão do casal, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e científicos para o exercício desse direito, vedada qualquer forma coercitiva por parte de instituições oficiais ou privadas*” (grifou-se), posteriormente regulado pela Lei nº. 9263/1996, nestes termos:

“**Art. 5º** - É dever do Estado, através do Sistema Único de Saúde, em associação, no que couber, às instâncias componentes do sistema educacional, promover condições e recursos informativos, educacionais, técnicos e científicos que assegurem o livre exercício do planejamento familiar”.

³⁴⁶ O emprego indiscriminado do vocábulo “descendente”, contido no texto do referido artigo, poderia conduzir a uma ilegítima afirmação da “verdade biológica” em detrimento de outros vínculos sobre os quais se pode estabelecer a relação paterno-materno filial, de modo a restringir a atribuição da natureza familiar apenas àquelas entidades monoparentais formadas por pelos pais e seus filhos biológicos, excluindo-se, por exemplo, uma comunidade entre pais e filho adotivo, que tenha se tornado posteriormente monoparental pelo divórcio ou falecimento de um daqueles. Tal consequência importa em manifesta violação ao princípio da igualdade na filiação, inscrito no art. 227, §6º: “*Os filhos, havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação*”. Este princípio é reafirmado pelo artigo 17, inciso 5 do Pacto de San José da Costa Rica. Por esta razão, optou-se pelo emprego do vocábulo filho, inclusive para atender ao rigor terminológico reclamado pela compreensão das relações desta natureza.

³⁴⁷ KRELL, Olga Jubert Gouveia. Obra citada. p. 105. Acrescenta a autora: “*apesar de a CF de 1988 não falar expressamente em um direito de constituir família, pode-se afirmar que o direito ao planejamento familiar abrange a idealização e constituição dessa família enquanto projeto parental*” (In: Idem, p. 107).

Aliás, o conceito de planejamento familiar é assim definido pela Lei 9263/1996:

Art. 2º Para fins desta Lei, entende-se planejamento familiar como o conjunto de ações de regulação da fecundidade que garanta direitos iguais de constituição, limitação ou aumento da prole pela mulher, pelo homem ou pelo casal.

Em sentido mais abrangente, o direito à constituição de família é igualmente albergado pelo Pacto de San José da Costa Rica (dotado de eficácia à constituição de direitos fundamentais por força do que dispõe o art. 5º, §2º da CF), que prevê:

“Artigo 17 – Proteção da família (...)

§2º. É reconhecido o direito do homem e da mulher de contraírem casamento e de constituírem uma família, se tiverem a idade e as condições para isso exigidas pelas leis internas, na medida em que não afetem estas o princípio da não-discriminação estabelecido nesta Convenção”.

Neste contexto, o respaldo constitucional ao planejamento familiar assume um duplo viés prestacional, que consiste no fornecimento de recursos a aptos a, por um lado, viabilizar a esterilização daqueles que assim desejem e, por outro, estender a técnicas de reprodução assistida aos interessados que se adéquem às exigências técnicas e sociais a serem estabelecidas pelo Estado, guardadas a razoabilidade, a proporcionalidade e a persecução da igualdade material.

Conforme bem destaca Jussara MEIRELLES, o princípio constitucional da tutela do planejamento familiar inscrito no artigo 226, §7º alberga os direitos ditos “reprodutivos”,³⁴⁸ que compreendem o direito ao livre exercício da vida sexual e de seus fins reprodutivos, “*definindo o momento de gerar e o número de filhos que deseja ter, recorrendo aos métodos modernos de contracepção e, igualmente, aos meios científicos disponíveis para realizar o projeto de parentalidade*”.³⁴⁹

³⁴⁸ Segundo Flávia Piovesan, “os direitos reprodutivos abrangem o planejamento familiar – com a decisão do casal a respeito do número de filhos e da distância entre eles, entre outros temas – com informações, métodos e técnicas que permitam efetivar as decisões para obterem o mais alto nível de saúde reprodutiva e sexual” (Apud: GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. **A nova filiação**, p. 446).

³⁴⁹ MEIRELLES, Jussara. **Filhos da reprodução assistida**, p. 394. No mesmo sentido: DIAS, Maria Berenice. Obra citada, p. 298. Neste particular, registra-se opinião contrária, da professora francesa Marie-Thérèse Meulders-Klein, para quem “*não há direito a ter filhos, nem direito de fazer um para outrem. O que há é uma liberdade de desejar um e a liberdade de ajudar o semelhante (estéril) a ter um. O direito a ter filhos, quando se quer, como se quer, e em qualquer circunstância, é reivindicado como um direito fundamental. (mas é apenas) a expressão de uma vontade exacerbada de liberdade e de plenitude individual em matérias tais como o sexo, a vida e a morte. O desejo ou o não desejo de ter filhos, como manifestação de uma patética procura de felicidade é próprio de pessoas que concebem o direito como uma cooperativa de felicidades individuais (e) sem dúvida, a medicina também*”. (Apud: LEITE, Eduardo de Oliveira. **Procriações artificiais e o direito**, p. 356).

Direito à saúde: expressão do princípio bioético da *justiça*, este fundamento parte do pressuposto de que a infertilidade é uma doença (patologia), em acordo com a constatação fundamental de que se a humanidade sobrevive até os dias atuais é porque nunca deixou de se reproduzir. Isto remete a procriação a um patamar fundamental na escala das funções vitais pertinentes do ser humano, enquanto sujeito e espécie. A pretensão à prestação de atendimento surge, por conseguinte, da existência de disfunções orgânicas impeditivas da procriação, bem como, de doenças hereditárias que acometam um ou ambos os cônjuges, cuja transmissibilidade torna arriscada a procriação pelas vias ordinárias e justifica o emprego de material genético alheio aos pais, ou a alocação do embrião no útero de terceira.³⁵⁰

A atuação do Estado na garantia dos direitos reprodutivos não tem condão de ingerência ou dirigismo da sociedade conjugal, tampouco dele estímulo à natalidade. A salvaguarda de tais direitos contempla duas funções principais: uma função preventiva, compreendida pela educação sexual e prestação de suficientes informações a respeito dos métodos (conceptivos e contraceptivos), recursos e técnicas para o pleno exercício dos “direitos reprodutivos e sexuais”; e, uma função promocional, que consiste no emprego de recursos e conhecimentos científicos para garantir aos sujeitos, devidamente instruídos (primeira função), o exercício efetivo dos “direitos reprodutivos e sexuais” (segunda função).³⁵¹

Neste particular, o Projeto de Lei nº 1.184/2003, de autoria do Deputado José Sarney, garantiu o emprego das técnicas de reprodução assistida não apenas aos casos de infertilidade, mas também àqueles em que existissem doenças genéticas atreladas ao sexo, a partir de indicação médica (art. 2º e incisos). Em sentido semelhante, conta-se com o exemplo português trazido na Lei 32/2006, que dispõe, expressamente, que

³⁵⁰ Conforme ressalta Maria Cristina de Cicco, “*defronte ao desenvolvimento tecnológico atual, resulta contrário aos princípios do Ordenamento constranger-se uma mulher portadora de doença genética a escolher entre dar a luz a um filho doente ou evitar a concepção, não realizando seu desejo pessoal de maternidade. Aqui não se trata de escolher um filho ideal, de um capricho, como afirmam os juízes encarregados da aplicação desta norma, mas de realizar plenamente o direito à saúde e à autodeterminação da mulher, posto que a certeza de que seu filho nascerá com uma grave doença ou uma grave malformação pode comprometer seriamente sua saúde psíquica*”. (In: Obra citada, p. 161). Esta diretriz é encampada pelo Projeto de Lei nº 1.184/2003 e pela Resolução nº 1.957/2010).

³⁵¹ GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. **A nova filiação**, p. 448.

“A utilização de técnica de procriação medicamente assistida, só pode verificar-se mediante diagnóstico de infertilidade, ou, ainda, sendo caso disso, para tratamento de doença grave ou do risco da transmissão de doenças de origem genética, infecciosa ou outras” (artigo 4º).

Impõe-se, portanto, uma detida reflexão da questão sob o viés da necessidade clínica decorrente da esterilidade ou das doenças sexual e hereditariamente transmissíveis, para que, então, se possa inserir o acesso à reprodução assistida no âmbito do direito fundamental à saúde exigível perante o Estado, inclusive. Em outras palavras:

“Admite-se, dessa forma, que os distúrbios da função reprodutora constituem um problema de saúde, devendo o Estado assumir a responsabilidade quanto ao acesso das pessoas aos tratamentos para a esterilidade e o recurso à reprodução assistida (R.A.), respeitando-se o princípio da liberdade e o direito à privacidade, e, concomitantemente, garantindo à criança nascida através de tais técnicas a proteção integral assegurada pela Convenção Internacional dos Direitos da Criança e do Adolescente da ONU, pela Constituição Federal e Pelo Estatuto da Criança e do Adolescente”.³⁵²

O direito à filiação plena, mediante o emprego, se necessário, das técnicas para reprodução assistida recebe, com visto, fundamentação constitucional, o que lhe imprime o caráter de fundamental e superior a outros direitos de índole infraconstitucional. Há, contudo, autores que defendem a necessidade de uma regulação legislativa específica de tal direito, preferencialmente elaborada de modo interdisciplinar, que contemplasse os parâmetros de titularidade, limites de extensão e demais conformações deste direito, de modo a obstar interpretações inadequadas e emprego indiscriminado das técnicas em situações que não lhes oferecessem o devido suporte de necessidade clínica e possibilidade ético-jurídica.³⁵³

³⁵² MEIRELLES, Jussara. **Filhos da reprodução assistida**, p. 394. No mesmo sentido: PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do Direito Civil**, p. 176.

³⁵³ Conforme bem pondera Maria Cláudia Brauner, “*Não se pode impedir a busca de realização do projeto parental de uma pessoa capaz, impossibilitando seu acesso às técnicas e tratamentos na área da reprodução humana. Entretanto, impõe-se a elaboração e a aprovação de uma lei concebida a partir de uma profunda reflexão interdisciplinar, envolvendo outras áreas da ciência como bioética, medicina sociologia, direito, antropologia, sociologia, filosofia, dando origem a uma regulamentação*

Os traços constitucionais nos quais se conforma o direito dos casais inférteis a se valerem das técnicas de reprodução assistida – e a correlata exigibilidade, em face do Estado, de políticas públicas destinadas à sua viabilização em uma extensão mais democrática quanto possível – são os mesmos que imprimem o caráter fundamental a este direito. Caráter este que, em uma leitura inadvertida, pode-lhe imprimir, de modo injustificado, um status absoluto, o que é prontamente inviabilizado pela observação da complexidade da práxis da reprodução humana, reveladora de frequentes hipóteses de conflito entre este e outros direitos e valores igualmente fundamentais. Assim, “*pode-se afirmar, e parece plenamente razoável, a idéia de que o direito de gerar não é absoluto, ou que o direito ao filho não pode ser um argumento que abra as portas a todas as possibilidades de reproduzir artificialmente*”.³⁵⁴

De início, já se pode questionar um dos referidos fundamentos principiológicos deste direito fundamental: a liberdade. Conforme se afirmou acima, a despeito do caráter fundamental da liberdade, derivado de sua natureza constitucional, seu âmbito pode ser restrito em duas hipóteses: reserva de lei ou conflito entre seu exercício e o conteúdo de outros direitos e princípios fundamentais, igualmente aplicáveis ao caso em comento. Enquanto a primeira das hipóteses resolve-se no campo legislativo – que admite conclusões *a priori* – a segunda resolve-se no âmbito da tópica, mediante ponderação realizada em cada caso concreto à luz dos parâmetros axiológicos constitucionais, fornecendo-se aí uma resposta “*a posteriori*”.

Daí porque, na construção hermenêutica deste direito, é de todo pertinente que o debate percorra o âmbito de outros direitos fundamentais, interesses públicos e valores constitucionais, tais como: a *paternidade responsável* em atenção ao *melhor interesse da criança* – que aqui se estende também às futuras crianças, ainda não concebidas,³⁵⁵

que venha a enquadrar tais procedimentos dentro de limites claros, precisos e seguros e que permita o avanço da ciência assegurando-se prioritariamente a saúde dos utilizadores das novas tecnologias reprodutivas, respeitando-se os princípios da dignidade da pessoa humana, da liberdade, do direito a vida e a saúde, a intimidade, entre outros”. (In: **Novas tecnologias reprodutivas e projeto parental: Contribuições para o debate no Direito Brasileiro**, p. 252).

³⁵⁴ BRAUNER, Maria Cláudia. Idem, p. 244.

³⁵⁵ “A despeito de não existir a condição de pessoa relativamente aos embriões, a Constituição de 1988, especialmente, impõe limites em atenção à futura pessoa no contexto contemporâneo, o que representa mudança de enfoque a respeito da noção de responsabilidade jurídica, que desse modo

podendo, inclusive, refletir na seleção dos lares para os quais há que se deferir a reprodução assistida, a ser realizada por criteriosa análise psicológica, social e inclusive econômica, de modo semelhante ao que ocorre nos procedimentos de adoção;³⁵⁶ a *razoabilidade no emprego das verbas públicas destinadas à saúde* – sendo certo que, em parâmetros de urgência e relevância a orientar o emprego de recursos destinados a uma certa região, o atendimento à infertilidade ficaria, na ordem de prevalência, preterido pelo tratamento de outras patologias, especialmente aquelas de natureza terminal que demandam tratamento prolongado, muitas vezes através de dispendiosa medicação de uso contínuo, como é o caso da AIDS e de certos tipos de câncer;³⁵⁷ a *preservação da saúde daqueles que pretendem valer-se da técnica, bem como as probabilidades de seu sucesso*, até mesmo em observância ao princípio da eficiência, já que se trata de prestação pública – o que, na prática, implica na seleção dos doadores e receptores a partir de critérios etários e clínicos, com vistas a ampliar as chances de sucesso da técnica e, em igual medida, reduzir os riscos à vida e saúde de todos os envolvidos. A propósito:

“(…) deve-se constatar que o princípio da liberdade individual está, como vimos, sujeito a uma abrangente “reserva de lei”, que torna relativo o seu valor na construção de um possível direito fundamental à reprodução assistida, visto que os aspectos de proteção da futura criança e outros interesses públicos podem facilmente levar à restrição deste direito”.³⁵⁸

passa a se relacionar também com o futuro da humanidade e, portanto, com as próximas gerações”. (GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. **A nova filiação**, p. 449).

³⁵⁶ Em análise das questões éticas envolvendo a reprodução humana assistida, Eduardo de Oliveira Leite comenta: “*Quaisquer que forem as posições assumidas, é necessário que as soluções e as respostas apresentadas sejam direcionadas de maneira a salvaguardar o interesse da futura criança. Como afirmou Questiaux, nos trabalhos do Comité Francês, de 1984: ‘A sociedade não tem o direito de intervir nestes setores, e ela o deve fazer o menos possível, somente em nome do interesse desta futura criança. E este interesse é necessário tentar, de comum acordo, definir’.*” (LEITE, Eduardo de Oliveira. *Procriações Artificiais e o Direito*, p. 137).

³⁵⁷ Todavia, “*sem algum investimento no serviço, não pode haver oportunidade para se avaliar os reais custos e benefícios de uma técnica, nem pode a técnica ser refinada e desenvolvida a ponto de se tornar menos onerosa*” (WARNOCK, Mary. Obra citada, p. 32).

³⁵⁸ KRELL, Olga Jubert Gouveia. Obra citada, p. 105.

Apresentou-se, como uma das principais justificativas do direito à reprodução assistida, o direito fundamental à saúde, como fonte de dever do Estado em fornecer tratamento à “saúde sexual” daqueles que não pudessem gerar. Tal premissa traz consigo uma restrição que não pode ser olvidada na problematização deste direito: a infertilidade suficiente a caracterizar a falta de “saúde sexual” é aquela decorrente por disfunção orgânica, e não fática. Não se poderia admitir, a partir deste referido pressuposto, o reconhecimento do direito àquelas pessoas saudáveis que voluntariamente optassem por este modo de procriação, por força de circunstâncias pessoais alheias a disfunções orgânicas, tais como a homossexualidade ou o celibato.³⁵⁹

Por outro lado, não condiz com o direito fundamental à saúde, tampouco com o princípio da dignidade da pessoa humana, o emprego das técnicas de reprodução por casais saudáveis com finalidade exclusiva de seleção eugênica, seja em relação ao sexo, seja em relação a outras características dos filhos.³⁶⁰ Em outros países, sobretudo nos Estados Unidos, a intersecção entre interesses de ordem existencial e comercial é admitida ao ponto de se permitir legalmente o comércio, inclusive realizado mediante leilão virtual, de material genético de pessoas dotadas de características fenotípicas (olhos, cabelos, cor da pele) desejadas pelos pais em relação a seus descendentes, algo que se assemelha à busca pela perfeição de raças animais realizada pela indústria pecuária, ou à purificação da “raça” ariana pretendida pelo regime nazista. Não raro, gametas de celebridades, atletas, artistas e pensadores viram objeto de enorme especulação, atingindo cifras inimagináveis no mercado da eugenia através de uma operação criativamente denominada de “Cegonha prêt-à-porter”.³⁶¹

³⁵⁹ Em outras palavras: “Admitir o direito à reprodução humana baseado no direito fundamental à saúde limita automaticamente sua utilização por pessoas fisicamente incapazes de gerar filhos, excluindo-se, portanto, as mulheres solteiras sadias e os casais homossexuais. Nessa linha, a fecundação artificial aparece menos como sistema de proteção e mais como procedimento terapêutico, que deve trabalhar com indicações médicas, como a esterilidade ou a incidência de doenças hereditárias” (KRELL, Olga Jubert Gouveia. Obra citada, p. 111)

³⁶⁰ KRELL, Olga Jubert Gouveia. Idem, p. 110.

³⁶¹ **“Leilão de óvulos pela Internet choca o mundo e mostra que alguns casais desejam filhos perfeitos a qualquer preço.**

Os americanos são conhecidos por seu formidável apetite consumista. Na terra do tio Sam, compra-se – e vende-se – de tudo. Inclusive bebês, que agora começam a ser adquiridos por lá com a facilidade

A despeito do provável insucesso das aspirações dos pretendentes a um filho com sexo determinado, ou talentoso no conhecimento, nas artes ou nos esportes, bem como possuidor da estatura, cabelos, cor da pele e dos olhos do doador – em virtude da gama de variáveis, genéticas, sociais e circunstanciais que determinam tais características –³⁶² o debate acera da admissibilidade da eugenia na reprodução

de quem escolhe um produto num supermercado. Esse consumismo exacerbado, mesmo no templo do capitalismo, choca o resto do mundo. O último lance desse promissor mercado aconteceu há duas semanas. O fotógrafo americano Ron Harris, 66 anos, lançou um site na Internet por meio do qual é possível adquirir óvulos vendidos por modelos. O raciocínio é simples. Ao comprar um óvulo de uma bela mulher, o casal acredita estar levando para casa uma chance de ter um filho tão bonito quanto a mamãe biológica. (...)

Desta forma, desde a semana passada, quem tiver dinheiro no bolso – algo que pode ir de US\$ 15 mil até US\$ 150 mil –, e um mouse na mão, poderá entrar no site da Internet www.ronsangels.com e fazer uma oferta para a compra de um óvulo de alguma das seis modelos da agência. Dependendo das características da modelo é definido um lance mínimo. “Este é um país obcecado por juventude e beleza. Se existem bancos de óvulos e genes de gente inteligente, porque não deveríamos ter um banco de gente bonita?”, pergunta Harris. (...)

Nesse mercado, há de tudo, desde books mostrando bebês nascidos com a ajuda da companhia até páginas da Internet que ajudam a pessoa a compor um tipo ideal de doador. É possível comprar óvulos ou espermatozoides de gente que ganhou o Prêmio Nobel ou de gênios que têm mais de 160 pontos de QI. O material genético de pessoas ultra-inteligentes está à disposição no catálogo de empresas como a californiana Cryobank (www.cryobank.com). Os nomes dos notáveis doadores são mantidos em sigilo. Na Ron’s Angels, uma das vantagens é justamente o contrário. As doadoras mostram a cara – seu principal chamariz de venda – e exibem ficha biográfica. Na Options National Fertility Registry (www.fertilityoptions.com) também há fotos dos doadores. “É importante para o casal que vai fazer a escolha obter o máximo de informações sobre o doador. Eles terão de conviver com alguém cheio de material genético desta pessoa”, disse a ISTOÉ Teri Royal, porta-voz da Options. “Os pais estão cada vez mais seletivos. A cada minuto temos cerca de 150 pessoas olhando nossos arquivos pela Internet. O que mais se procura para um bebê são especificações com relação ao cabelo, seguidas de olhos e QI do doador”, diz Royal, que mantém também em seu catálogo alguns membros da Mesa, clube de gente com QI acima de 132, o que significa uma em cada cinco pessoas no país. (...)

Julgamento – Num assunto tão especial às pessoas como o sonho de ter um filho, é difícil fazer julgamentos sobre as aspirações que cada um tem para seu próprio bebê. É claro que todo mundo gostaria de ter uma criança saudável, bonita e inteligente. O risco é levar essas expectativas às raias da paranóia. “Ter um mundo de pessoas loiras, altas e magras é uma forma de ‘purificação’ da raça humana. Isso é eugenia, prática condenável”, lembra o professor de bioética Volnei Garrafa, da Universidade de Brasília. O professor tem razão. Basta lembrar que não muito tempo atrás um certo Adolf Hitler propunha essa mesma purificação. Extrapolações como essas, no entanto, não podem apagar o brilho de conquistas da ciência. É por isso que os especialistas começam a discutir cada vez mais essas questões. O ideal é que ética e ciência devam caminhar juntas”. (PEREIRA, Cilene; Propato, Valéria; FREITAS JR. Osmar. **Cegonha prêt-à-porter**: Leilão de óvulos pela Internet choca o mundo e mostra que alguns casais desejam filhos perfeitos a qualquer preço. Disponível em <http://www.istoec.com.br/reportagens/29571_CEGONHA+PRET+A+PORTER+?pathImagens=&path=&actualArea=internalPage> acesso em 16/04/2010)

³⁶² “**Filhos do banco de sêmen dos prêmios Nobel são jovens de inteligência normal.**

Um multimilionário americano causou alarido internacional no fim dos anos 70 com um projeto controverso: o de criar uma legião de crianças superdotadas por meio de inseminação artificial com o esperma doado por cientistas brilhantes, de preferência ganhadores do Prêmio Nobel. Até 1999,

assistida deve se restringir ao âmbito ético-jurídico. Isto porque a vedação jurídica realizada com base na axiologia constitucional – direito à saúde e dignidade da pessoa

quando o banco de sêmen criado por ele fechou as portas, havia produzido 240 bebês. Na semana passada, a segunda criança a nascer e a única a ter sua identidade revelada publicamente, o americano Doron Blake, completou 20 anos. A pergunta óbvia é se ele corresponde às expectativas de genialidade. Se depender da comprovação de pendor para a ciência pura ou de realizações intelectuais precoces, a resposta é não. Nada do que fez até agora indica talento fora de série. Blake estuda religião em uma universidade de segundo time e é apaixonado por taoísmo, budismo e wicca, uma pseudo-religião que invoca os princípios da bruxaria. Vegetariano, toca cítara e é ávido leitor dos livros infantis da série Harry Potter. "Eu sinceramente acho essa idéia de produzir bebês gênios uma coisa meio maluca", disse o jovem em entrevista recente. "Nunca fiz nada de especial e não acho que a inteligência seja uma característica capaz de tornar uma pessoa melhor que outra." (...)

Desde o início de 2001, o jornalista David Plotz, da Slate, revista americana na internet, já localizou quinze dessas crianças, com idade entre 7 e 20 anos. Ele também entrevistou nove mães e um pai adotivo. Identificou ainda sete doadores e, no começo de agosto, promoveu o encontro de um deles com a filha gerada com seu sêmen. "Esses meninos e meninas não têm nada de bizarro ou qualquer traço que os transforme em supercrianças", escreveu Plotz. "Mesmo as famílias e os doadores não parecem convencidos de que a idéia de aprimoramento genético proposta pelo projeto funcione de fato." Robert Graham, o milionário que criou o banco de sêmen, era obcecado por conceitos de eugenia perigosamente próximos aos dos nazistas. A diferença é que em lugar de exterminar as pessoas que considerava de padrão inferior, como fez Hitler, ele propunha a reprodução maciça daquelas que, em sua opinião, seriam superiores. Graham acreditava que o desenvolvimento da medicina e dos programas de amparo social tinham virado do avesso as leis darwinistas de seleção natural, permitindo a sobrevivência e a reprodução dos mais fracos e menos inteligentes. A idéia de seu banco era oferecer a contrapartida a esse "fenômeno" gerando artificialmente americanos – sim, ele só se preocupava com os Estados Unidos – geneticamente superiores. (...)

As chances de nascer uma criança excepcionalmente bem-dotada eram as mesmas de qualquer outra concepção. "As características físicas são, com certeza, herdadas pela criança. Quanto a particularidades como inteligência ou dotes artísticos, ninguém sabe se são transmitidas ou não", afirma Vera Fehér, supervisora do Banco de Sêmen do Hospital Albert Einstein, em São Paulo. Graham previu a possibilidade de um encontro futuro entre a criança e o pai biológico. A clínica servia de intermediária na troca de correspondência entre o pai biológico e a família do bebê. Toda a comunicação terminou quando Graham morreu (devido a uma queda no banheiro), em 1997. O doador que encontrou sua filha biológica, depois de estabelecer contato por meio da Slate, havia mantido correspondência com ela, com troca de presentes e fotos. Hoje ele tem 70 anos e a menina, 11. O doador é pai de outras sete meninas e onze meninos. Outro garoto localizado, de 16 anos, não gosta de ciências e sonha ser lutador profissional. Só no ano passado soube de sua origem e decidiu levá-la a sério. "Comecei a me concentrar mais nas minhas tarefas escolares. Acredito agora que tenho potencial e que no passado era apenas preguiçoso", declara.

*A inseminação artificial por meio de doação de esperma congelado foi a primeira tecnologia utilizada em grande escala para permitir que homens estéreis pudessem ter filhos. Pode existir nos Estados Unidos 1 milhão de crianças geradas por bancos de sêmen. No Brasil, estima-se que só 1% dos casais inférteis recorra ao método, atualmente um recurso menor dentro do arsenal de técnicas de reprodução artificial. Mesmo assim, a questão levantada pelo banco de sêmen dos prêmios Nobel continua pertinente: podemos melhorar nossos filhos? A ciência ainda não é capaz de garantir aos pais o nascimento de bebês mais inteligentes do que teriam naturalmente, mas estamos a um passo da clonagem de seres humanos. E sabe-se lá de que outras novidades". (TEICH, Daniel Hassel. **Onde estão os bebês gênios:** Filhos do banco de sêmen dos prêmios Nobel são jovens de inteligência normal. Disponível em <http://veja.abril.com.br/040902/p_062.html>. Acesso em 16/04/2010).*

humana – não poderia titubear caso a ciência genética se desenvolvesse a ponto de assegurar o sucesso na obtenção de filhos com as características desejadas. O fundamento de tal vedação adquire caráter prevalecente sobre interesses egoísticos dos pais.

Uma relevante hipótese do anunciado conflito de interesses próprio à efetivação do direito fundamental à reprodução assistida advém da necessidade, ou não, de um “litisconsórcio” para o seu exercício: a partir da premissa de que a reprodução assistida tem por finalidade contornar a infertilidade de um ou dos dois cônjuges, proporcionando-lhes a realização da plenitude dos seus propósitos de planejamento familiar através da reprodução, surge, inevitavelmente, a inquirição acerca da exigência de que este direito seja exercido exclusivamente por casais, heterossexuais, e de modo simultâneo por ambos os cônjuges.

Em caso afirmativo, admitindo-se que as técnicas de reprodução assistida apenas possam ser utilizadas por casais, como medida excepcional, após esgotados os meios naturais de concepção ou em havendo doenças transmissíveis pela descendência biológica (o que há de ser constatado pelo médico responsável) estar-se-ia, inadmitindo a utilização das técnicas de reprodução assistida por pessoas solteiras (sobretudo mulheres). No mesmo viés argumentativo se coloca a possibilidade de inseminação artificial post-mortem, disciplinada pelo Código Civil sob a modalidade da inseminação artificial homóloga (art. 1.596, inc. III).

Em ambos os casos, está-se diante de um manifesto confronto entre direitos fundamentais. Por um lado, encontra-se o direito ao planejamento familiar (art. 226, §7º da CF), a ser efetivado pela reprodução, e, por outro, a dignidade (art. 1º, inc. III) e a valorização do melhor interesse (art. 227) daquele que há de ser deste modo concebido e, fatalmente, já nascerá cerceada da presença de um dos pais biológicos, seja em razão do anonimato do doador do sêmen, seja por já estar aquele falecido anteriormente à concepção, o que, de certo modo, vai de encontro à diretriz

estabelecida pela ONU na Convenção Internacional dos Direitos da Criança e do Adolescente de 1989.³⁶³

Apesar de ser “*impossível determinar a priori e com antecedência qual é o real interesse prioritário do nascido*”,³⁶⁴ mostra-se possível antever-se – com amparo em critérios psicológicos e sociológicos – certas situações que acarretem indícios sérios de que o *melhor* interesse da criança poderá não ser realizado em sua plenitude, tal como ocorre na hipótese de frustração de sua convivência com um dos pais. Trata-se de conhecimento majoritário no campo da sociologia e psicologia judiciárias, ciências que atuam diretamente nos procedimentos de adoção e em outras medidas judiciais pertinentes ao convívio paterno-materno-filial, tais como a guarda e destituição de poder familiar. A validade do recurso a saberes aplicados sobre famílias já constituídas pela via natural para avaliação de situações envolvendo filhos a serem gerados na reprodução assistida é justificável na medida em que, em termos de disciplina da liberdade de procriar, as “*razões realmente evidentes e incontestáveis que mostrem a inoportunidade do novo nascimento (...) devem valer tanto para a procriação natural como para a artificial, e em todo caso o ônus da prova recai sobre quem queira defender a imposição do vínculo*”.³⁶⁵

Este embate entre direitos e interesses, dotados de semelhante dimensão axiológica e legitimidade constitucional, antecipa a frustração da tese, anteriormente referida, que advoga a atribuição de um caráter absoluto ao direito à procriação. Choques entre direitos e princípios fundamentais não se resolvem pela lógica do “tudo ou nada” (aplicável a conflitos havidos entre normas ordinárias), mas reclamam um procedimento de ponderação de valores e consequências (fáticas e jurídicas) no interior do caso concreto, em busca da elaboração de uma solução adequada ao sentido constitucional (normativo e principiológico), extraído de uma interpretação sistemática do texto fundamental.

³⁶³ “Art.7. 1 – A criança será registrada imediatamente após seu nascimento e terá direito, desde o momento em que nasce, a um nome, a uma nacionalidade e, na medida do possível, a conhecer seus pais e a ser cuidada por eles”.

³⁶⁴ MORI, Maurizio. Obra citada, p. 65.

³⁶⁵ MORI, Maurizio. Idem, p. 68.

No caso apontado (choque entre direito dos pais à reprodução e dignidade do filho, a ser prejudicada pela imposição da orfandade), assim como ocorre em boa parte das relações estabelecidas sobre vínculos de paternidade e filiação, esta metodologia de ponderação de interesses fundamentais,³⁶⁶ no caso concreto, à luz da tábua axiológica constitucionalmente vigente, é a que se mostra mais adequada e democrática, sem perder qualquer valor científico. Sua principal consequência é a de evitar um possível enclausuramento normativo de uma série de relações aparentemente semelhantes (mas, na realidade, profundamente diversas), em alguns poucos juízos descritivos genéricos e pretensamente exaustivos.

No tocante à monoparentalidade programada, decorrente da utilização das técnicas de reprodução assistida por pessoas solteiras, a subsunção desta questão à perspectiva metodológica da ponderação entre princípios e interesses revela a preponderância de razões contrárias à extensão das técnicas de reprodução às pessoas solteiras, bem como, às viúvas e divorciadas que ainda não tenham contraído nova união.

No Brasil e no mundo, a cada momento, registra-se a expansão da reprodução independente de filhos (recentemente “estimulada” pelo disposto no art. II, inc. 1º da Resolução CFM nº 1.957/2010), o que toma maior popularidade em se tratando de pessoas famosas, em relação às quais a sociedade demonstra inimaginável dose de complacência e aprovação pela irrefletida opinião pública. Conforme expõe Eduardo de Oliveira Leite:

“A inseminação artificial, embora não vedada por disposição legislativa, divide a opinião pública quanto à sua admissibilidade. A posição contrária entende que o uso deste recurso pelas mulheres celibatárias equivaleria à cômoda substituição do casamento por um meio artificial tendente à obtenção de um filho. **Para Georges David,**

³⁶⁶ Neste sentido, afirma Jussara Meirelles: “*O exercício da chamada monoparentalidade programada, por obstaculizar o direito ao duplo vínculo filial, caracteriza o que se conhece por colisão de direitos fundamentais cuja solução deve ser efetivada pela ponderação concreta dos bens em conflito, mediante a aplicação do princípio da proporcionalidade.*” (In: **Filhos da reprodução assistida**, p. 396).

fundador do CECOS na França, a técnica deve ser encarada como puramente terapêutica e jamais de conveniência”.³⁶⁷ (Grifou-se)

Em primeiro lugar, mostra-se eficaz e razoável – além de conforme aos parâmetros constitucionalmente vigentes atinentes às políticas públicas – a disponibilização do recurso apenas àqueles que dele necessitem em virtude de estados patológicos causadores de infertilidade, o que exclui tanto as mulheres solteiras e divorciadas, que desejem reproduzir-se sem qualquer presença masculina, quanto as viúvas que pretendam fecundar-se a com sêmen de seus falecidos esposos.³⁶⁸

E, em segundo lugar, há que se ter em conta que, o fato de a Constituição Federal reconhecer as uniões entre qualquer dos pais e seus descendentes como entidades familiares (art. 226, §4º da CF) não autoriza, de forma alguma, a constituição pré-ordenada de tais entidades. Sem embargo, tal como ocorre na adoção – em que o Direito imprime tutela a uma situação fática inevitável, sem, contudo, que isso torne desejável ou recomendável o abandono ou a entrega do filho em adoção – o reconhecimento das famílias monoparentais tem por finalidade precípua a tutela dos interesses daquelas comunidades familiares que assim se tornaram em virtude de alguma causa dissolutiva (morte, separação de fato, divórcio), sem, contudo, que isso signifique qualquer estímulo jurídico a tal constituição. Não se pode confundir a tutela jurídica de uma situação excepcional havida por decorrência de acontecimentos, muitas vezes inevitáveis – no caso das entidades monoparentais, trata-se da dissolução de sociedade familiar – com eventual estímulo à sua propositada causação.

É assente que a o melhor interesse da criança é favorecido pela sua criação e educação em um lar biparental. Tal conclusão já foi suficientemente demonstrada pela

³⁶⁷ LEITE, Eduardo de Oliveira. Obra citada, p. 34. Entretanto, no Brasil, a nova resolução do Conselho Federal de Medicina liberou a utilização das técnicas por pessoas solteiras. Acompanhe-se:

“I - PRINCÍPIOS GERAIS

1 - As técnicas de reprodução assistida (RA) têm o papel de auxiliar na resolução dos problemas de reprodução humana, facilitando o processo de procriação quando outras terapêuticas tenham se revelado ineficazes ou consideradas inapropriadas.

II - PACIENTES DAS TÉCNICAS DE RA

1 - Todas as pessoas capazes, que tenham solicitado o procedimento e cuja indicação não se afaste dos limites desta resolução, podem ser receptoras das técnicas de RA desde que os participantes estejam de inteiro acordo e devidamente esclarecidos sobre o mesmo, de acordo com a legislação vigente.”.

³⁶⁸ No mesmo sentido: LEITE, Eduardo de Oliveira. **Procriações artificiais e o Direito**, p. 335.

psicanálise, o que é reafirmado pelo imperativo constitucional do direito à convivência familiar previsto pelo art. 227 da CF. Ciente disso, o jurista italiano Leonardo Lenti esclarece que *“a família monoparental, apesar de difundida, particularmente após a separações e divórcios, ainda é considerada como uma situação pior, a não ser favorecida, e, ainda, ser evitada, nos limites naturais do possível”*.³⁶⁹

Se o direito reconhece a família monoparental – entidade na qual não se realiza, em sua máxima amplitude, o direito à convivência familiar – é apenas porque tal circunstância se verifica, com frequência, no universo dos fatos, inclusive por causas involuntárias (como o é a morte de um dos pais). De igual modo, apenas existe a figura jurídica da adoção porque existem filhos abandonados, por algum motivo. Obviamente, não se poderia simplesmente ignorar tais situações. Diante da impossibilidade de evita-las, ao Direito não restou outra saída, a não ser lhes oferecer alguma resposta destinada à diminuição dos prejuízos sofridos, com maior intensidade, pelos filhos.

Contudo, em nenhum dos casos há um endosso jurídico à sua constituição voluntária. A tutela da adoção não serve de incentivo ao abandono ou entrega dos filhos para famílias substitutas, do mesmo modo que o reconhecimento das entidades monoparentais não justifica a sua constituição pré-ordenada pela via da reprodução humana assistida, ou “produção independente de filhos” (expressão difundida na linguagem popular). Conforme esclarece Rose Melo Vencelau:

“Acolher a possibilidade de uma pessoa já ser concebida sem pai, é frustrá-la do convívio familiar e, principalmente, afrontar sua dignidade. A criança tem direito a biparentalidade. E não se argumente com o amparo das chamadas famílias monoparentais, formadas por quaisquer dos pais e seus descendentes, pois o que se pretende com a norma do §4º do art. 226 da CF é que também tenham proteção do Estado, uma vez que venham a se formar tais circunstâncias. **Diferencia-se a hipótese de o legislador estimular certas situações, daquela em que se protege uma situação que**

³⁶⁹ LENTI, Leonardo. Obra citada, p. 274.

venha a ocorrer, como na concretização da família monoparental”.³⁷⁰ (Grifou-se).

Por estas razões, a doutrina inclina-se a rejeitar o argumento relativo à tutela da entidade monoparental como fundamento à instituição deliberada deste modelo familiar. Para esta corrente, a monoparentalidade programada “*não se confunde com a família monoparental prevista no artigo 226, §4º da Constituição Federal, que assim se torna, por várias causas como: abandono, morte, divórcio*”.³⁷¹

Nesta perspectiva, retomando-se a questão acerca da inseminação artificial *post mortem*, eventual atribuição de paternidade ao falecido marido da esposa ficaria restrita aos casos em que a inseminação artificial e concepção houvessem sido realizadas ainda em vida, na constância do casamento, sobrevivendo a morte do pai durante a gravidez,³⁷² o que é corroborado pelas conclusões tomadas pelo Conselho de Estado Francês por ocasião da realização de estudos sobre as ciências da vida perante a ética e o Direito:

“Parece excessivo reconhecer a uma pessoa o poder extremo de impor a uma outra (no caso, a criança) a amputação da metade de sua ascendência. Esta consideração é suficiente para romper a analogia enganosa entre este caso e o das famílias monoparentais que resultam do divórcio ou da morte. Nestas últimas hipóteses, a criança tem, apesar de tudo, seus dois pais (e a manutenção desta dupla relação

³⁷⁰ VENCELAU, Rose Melo. Obra citada, p. 56.

³⁷¹ CHINELATO E ALMEIDA, Silmara Juny de Abreu. **Reprodução humana assistida**: análise do Projeto de Lei nº. 90/99, do senador Lúcio Alcântara, p. 257.

No mesmo sentido, sustenta Silvia da Cunha Fernandes: “*Não cabe ao caso alegar a proteção da família monoparental, constitucionalmente resguardada. A família monoparental, como já dissemos, resulta do divórcio ou da morte de um dos cônjuges (...). A família transformou-se, em virtude das circunstâncias, em monoparental, mas inicialmente era uma família normal, constituída pelo pai, pela mãe e pelos filhos*” (in: Obra citada, p. 88).

³⁷² A propósito, em estudo realizado sobre o anteprojeto do atual Código Civil, à época em que ainda não havia sido inserida a cláusula legal relativa à inseminação *post-mortem*, Belmiro Pedro Welter anunciava: “*quer dizer que, uma vez realizada a inseminação artificial homóloga, não há como se negar a paternidade e a maternidade, não importando eventual separação, anulação do casamento ou morte dos cônjuges. Agora, em tese, a inseminação deve ocorrer durante o casamento, não significando que possa haver inseminação artificial após o casamento ou em caso de morte do marido. Resumindo, a concepção deve ocorrer durante o casamento, presumindo-se a paternidade mesmo com eventual separação do casal ou morte do marido*” (In: Obra citada, p. 213).

parental se concretiza na dupla vocação sucessória, na dupla vocação alimentar e no vínculo de nome). A família unilinear que resultaria da procriação artificial, decorrente do pedido de uma pessoa solteira, reduziria todos estes laços a um só, com maior desvantagem para a criança”.³⁷³

Recentemente, ganhou relevo na mídia – especialmente pela emissora cuja novela, exibida em horário nobre, ilustrava a mesma questão, à época – a notícia de uma família que deduziu pretensão judicial de autorização para inseminação artificial post-mortem, a ser realizada a partir de sêmen coletado de pessoa que se encontrava em coma, e havia acabado de sofrer morte cerebral. Neste caso, não houve prestação de consentimento expresso do doador. O que sua família (ex-noiva e pais) buscam, pela via judicial, é o suprimento da falta de consentimento expresso, com base em prova testemunhal.³⁷⁴

³⁷³ **Sciences de la vie.** De l'éthique au droit. Etude Du Conseil d'Etat, p. 56. Apud: LEITE, Eduardo de Oliveira. Obra citada, p.152.

³⁷⁴ “**Mulher luta pelo direito de ter filho do noivo que já morreu.**

Um caso inédito na Justiça brasileira: uma mulher consegue autorização para retirar espermatozóides do noivo depois que ele morreu e agora quer conceber o filho.

Nara e Bruno se conheceram na adolescência e tiveram um namoro rápido. Eles se reencontraram cinco anos atrás – ela com 28 e ele, com 31 anos. A paixão voltou com toda força. Eles queriam muito ter um filho e estavam se planejando para isso, mas uma fatalidade mudou o destino do casal para sempre.

“Ele teve um aneurisma. Falaram que o caso era irreversível, que ele não tinha como mais voltar, ele teve sete isquemias, não tinha retorno”, lembra a mãe de Bruno, Eliane Leite Cesar.

Foi o que aconteceu. Bruno morreu em 30 de novembro do ano passado, mas a história de Nara e Bruno não acaba aí. Quando os pais e a noiva receberam a notícia de que as chances de ele sobreviver eram pouquíssimas, juntos eles tomaram uma decisão: Nara levaria adiante mesmo assim seu sonho de ser mãe. (...)

Nara e a família de Bruno procuraram um centro de fertilidade que funciona dentro de um hospital. “Assim que eles chegaram, nós orientamos que precisavam de uma autorização judicial por ser uma coisa incomum, por não existir uma legislação específica sobre o assunto”, disse a médica Maria Cecília Erthal.

Em menos de 12 horas, a família conseguiu autorização do juiz. “Foi um alívio, uma esperança de continuar uma vida. Um projeto que, naquele momento, as esperanças estavam acabando junto com ele”, disse, emocionada, Eliane.

Foi preciso fazer uma cirurgia. O paciente já estava em morte cerebral. “Morte cerebral significa que não existe mais o cérebro. Não manda comandos para o corpo para ele continuar vivendo e funcionando sozinho”, afirma a médica Maria Cardoso.

Os espermatozóides de Bruno estão congelados e podem ficar assim por mais de 20 anos.

A batalha de Nara agora é conseguir na Justiça o direito de ter o filho do ex-noivo por meio de uma fertilização in vitro”. (Matéria exibida no programa Fantástico, veiculado pela Rede Globo em 25/04/2010, e disponível em <<http://fantastico.globo.com/Jornalismo/FANT/0,,MUL1579036-15605,>

Afastando-se de qualquer juízo de valor eventualmente formulado pelo veículo de imprensa que noticiou o caso, bem como, da opinião pública manifestada por “enquetes eletrônicas” realizadas pelas emissoras e websites sensacionalistas a este respeito, dois aspectos desta notícia são de extrema relevância para a problematização do direito à reprodução assistida, aqui pretendida.

O primeiro diz respeito à possibilidade de se suprir o consentimento do doador do sêmen pela prova testemunhal, quer para a doação (existência de intenção de doação do sêmen, ainda em vida, ou presunção de autorização para sua extração cirúrgica em caso de coma, tal como ocorrido), quer no âmbito da inseminação artificial de sua noiva (existência de intenção de reprodução ainda em vida, ou após a morte).

Neste particular, Jussara Meirelles observa que, geralmente, o consentimento do depositante do sêmen é manifestado de maneira expressa quanto ao tempo em que poderá ocorrer a inseminação: se em vida, se após a morte, ou em ambas as hipóteses. Nestes casos, sua manipulação deve operar de modo adstrito à vontade do depositante, posto que se está a dispor de substância humana, regulada por diretrizes ético-normativas específicas. Entretanto, é igualmente possível que o depósito do sêmen tenha ocorrido sem ressalvas quanto à possibilidade de sua utilização após a morte de seu depositante, tal como se verifica no caso em comento. Nestas hipóteses, diante da falta de previsão legal:

“o primeiro questionamento que se faz é a respeito da autorização para o uso do material fecundante: partindo-se do pressuposto de que o titular do sêmen e depositante faleceu, é de se supor que o material deva ser devolvido pelo depositário aos herdeiros? E os herdeiros teriam, nesse caso, legitimidade para autorizar o uso do sêmen depositado, e assim, fabricar (ou não) novos herdeiros do falecido?”³⁷⁵.

00-MULHER+LUTA+PELO+DIREITO+DE+TER+FILHO+DO+NOIVO+QUE+JA+MORREU.html>. Acesso em 26/04/2010.

³⁷⁵ MEIRELLES, Jussara Maria Leal de. **Reprodução assistida e exame de DNA: implicações jurídicas**, p. 55.

A forma como veiculada a questão, pela mídia, aparentou a existência de uma espécie de “domínio” do material genético do falecido pelos seus herdeiros (pais) e pela ex-noiva, consubstanciado na suposta manifestação, pelo falecido, de vontade de se casar e constituir uma família. A peculiaridade neste caso é que a discussão não se refere à eventual extensão de um consentimento eventualmente oferecido de modo restrito à inseminação *in vivo*, para que se pudesse realizá-la post-mortem. Na hipótese em comento, não houve consentimento expresso quanto ao destino do sêmen, até porque sequer ocorreu seu depósito voluntário por parte do ora falecido, posto que, à época em que ocorreu a sua coleta, este se encontrava acometido de irreversível coma.

Esta conduta vai de encontro a entendimento majoritário no campo da bioética, no sentido de que a prestação do consentimento deve compreender, inequivocamente, o destino a ser dado ao material genético ou aos embriões (no caso da fertilização *in vitro*) após a morte dos doadores ou divórcio do casal. “*Em outras palavras, o fato de haver manifestado em vida a vontade de procriar com meios artificiais, dando início às relativas operações técnicas, não é suficiente, por si, para fazer presumir que a vontade do homem seja a de realizar a procriação a qualquer custo, mesmo sobrevivendo a sua morte*”, não se podendo olvidar que “*entre o projeto de procriar um filho para educá-lo e o projeto de procriá-lo depois da própria morte há uma diferença assaz profunda, a ponto de não poder ser superada simplesmente se presumindo que o segundo projeto seja implícito no primeiro*”.³⁷⁶ Para o justista italiano Leonardo Lenti, a utilização não consentida de material genético, mesmo após a morte do sujeito, constitui ilícito civil por violação ao direito que envolve o próprio genoma humano.³⁷⁷

³⁷⁶ LENTI, Leonardo. Obra citada, p. 274 (Tradução livre do autor). Conclui, em definitivo, o jurista italiano: “*Sobre o plano dos fatos, a diferença entre os dois projetos é evidente de tal modo a não necessitar de qualquer argumentação*” (In: *Ibidem*). O mesmo entendimento é comungado por Maria Berenice Dias, para quem a fertilização *post mortem* só poderia ser realizada em havendo expresso e específico consentimento do doador, o que não se pode presumir. Para a autora, eventuais embriões criopreservados deveriam ser eliminados por ocasião da morte de seu ascendente genético, “*pois não se pode presumir que alguém queira ser pai depois de morto*” (In: Obra citada, p 303).

³⁷⁷ LENTI, Leonardo. *Idem*, p. 275. Este autor previu uma técnica, por ele adjetivada de “macabra” que em muito se assemelha ao caso ora debatido. Trata-se da colheita de sêmen de cadáver, como forma de suprir a falta doação consentida em vida, pelo então falecido. Para ele, a licitude desta prática é inconcebível (In: *Idem*, p. 276).

O segundo aspecto – mais relevante à perspectiva aqui esposada – diz respeito à resposta da questão: “a quem servirá” o deferimento da pretensão desta família à realização do procedimento? Para ilustrar a construção de uma resposta, acompanhe-se o modo pelo qual foi apresentado tal intento, pelos entrevistados:

“Você perde a pessoa que você ama e naquele momento você pode decidir que uma parte dele continuar, **uma parte dos nossos sonhos**, o único, que pode ser dado continuidade”, contou Nara Azzolini. (...)

“Quando os pais e a noiva receberam a notícia de que as chances de ele sobreviver eram pouquíssimas, juntos eles tomaram uma decisão: Nara levaria adiante mesmo assim **seu sonho de ser mãe**. (...)

“Acho isso maravilhoso. Há uns anos atrás, isso nunca seria possível e hoje em dia toda evolução científica **pode me proporcionar isso**. Por que **uma parte de mim, de todos meus sonhos** de 5, 6 anos tem que morrer com ele?”, indaga Nara. (...)

“Ele gostaria de **dar essa criança para nossa família**, não para nós, para nossa família, porque seria uma criança que ia **alegrar nossa casa de novo**, porque a perda dele foi um **rombo muito grande na nossa vida. A nossa casa ficou vazia sem ele, e essa criança iria trazer alegria de novo**”, disse, emocionada Eliane, mãe de Bruno”.
(Grifou-se)

Sem qualquer intento de desrespeito ou desvalorização da dor sofrida pela família por conta do falecimento do ente querido, a forma como o presente discurso foi colocada evidencia que, no caso, a inseminação artificial é enfrentada como uma forma de, por um lado, realizar sonhos e outras expectativas de índole subjetiva e afetiva da ex-noiva e dos pais do falecido, e, por outro suprir a sua perda pela inserção de um novo membro nesta família, que amenizaria o sofrimento do luto e devolveria a alegria ao lar.

Para além dos direitos sucessórios – analisados, na reportagem, pelo jurista Guilherme Calmon – em momento algum foram sopesados os outros interesses legítimos, de índole existencial, deste filho que se pretende gerar. Da forma como veiculada a notícia, especificamente no que se extrai do discurso dos familiares (principais interessados no deferimento judicial da medida), os interesses existenciais da criança, reconhecidos pela Constituição Federal, pelo Pacto de San José da Costa

Rica e pelo Estatuto da Criança e do Adolescente – sobretudo o de nascer e se desenvolver crescer em uma família constituída por ambos os pais, em um lar que lhe ofereça condições ao atendimento de todos os seus direitos e prerrogativas – são remetidos a um segundo plano, obscurecido pelo propósito dos familiares em aliviar o sofrimento da perda do ente querido através da geração do filho com seu sêmen.

A amostra colhida neste exemplo é importante na medida em que demonstra fielmente o modo como é produzido o discurso – inclusive jurídico (doutrinário, jurisprudencial e legislativo) – favorável à realização da inseminação artificial post-mortem: geralmente, descarta-se dos interesses existenciais da criança a ser gerada, sobretudo do prejuízo em sua formação decorrente da ausência da presença paterna, em nome da compensação do sofrimento da família pela perda do ente querido, que teria sua honra e homenageada pela geração de um filho, órfão desde o nascimento, a partir de seu material genético. Em outras palavras:

“A resposta negativa a um pedido desta natureza se impõe. E isto, por diversas razões. Inicialmente, vale lembrar que tal pedido sai do plano ético reconhecido à inseminação homóloga; ou seja, se não há mais casal solicitando um filho, nada mais há que justifique a inseminação. Num segundo momento, tal solicitação provoca perturbações psicológicas em relação à criança e em relação à mãe. **Nada impede que nos questionemos se esta criança desejada pela mãe viúva não o é, antes de tudo, para preencher o vazio deixado pelo marido. Além disso, a viuvez e a sensação de solidão vividas pela mulher podem hipotecar pesadamente o desenvolvimento psico-afetivo da criança.** Logo, a inseminação “post-mortem” constitui uma prática fortemente desaconselhável”.³⁷⁸ (Grifou-se).

Não se pode descurar da possibilidade desta criança poder vir a ser tratada de modo adequado pela família – inclusive em memória do falecido – e futuramente superar, em definitivo, o trauma da ausência paterna. Contudo, tal possibilidade não elide a resposta já anunciada à questão posta em discussão (“a que e a quem servirá a técnica”): inicialmente, ou seja, no momento em que se discute a autorização para sua

³⁷⁸ LEITE, Eduardo de Oliveira. **Procriações Artificiais e o Direito**. p. 155.

realização, a técnica serve, primordialmente, à satisfação do interesse dos familiares, abalados pelo falecimento.

Em sentido contrário ao exposto, Belmiro Pedro Welter sustenta a validade da extensão do acesso às técnicas de reprodução assistida aos solteiros, com vistas à instituição de uma pré-ordenada família monoparental, sob o argumento de que, com base no reconhecimento constitucional das comunidades familiares formadas por apenas um dos pais e seu filho (art. 226, §4º da CF), conjugado com a tutela do planejamento familiar (§7º do mesmo artigo), a monoparentalidade se projeta como direito fundamental, atrelado à dignidade da pessoa humana.³⁷⁹ Na mesma linha, sustenta Maria Cláudia Brauner:

“De fato, se o interesse da criança deve ser preponderante, isso não implica em concluir que seu interesse se contrapõe, de forma reiterada, ao recurso às técnicas de procriação artificial e que ela não possa vir a integrar uma família monoparental, desde que o genitor isolado forneça todas as condições necessárias para que o filho se desenvolva com dignidade e afeto”.³⁸⁰

Contudo, a possibilidade de o genitor isolado fornecer condições adequadas ao desenvolvimento da criança e realização de parte de seus interesses não justifica a medida, que deve ter por princípio fundamental a persecução do **melhor** interesse do infante, que diante de igualdade de todas as demais condições, é melhor realizado em um lar biparental, mesmo que não se possa antever a durabilidade desta relação.³⁸¹

Por estarem em jogo a dignidade e os demais interesses existenciais de um filho a ser concebido e criado nesta modalidade familiar, não parece se justificar a reprodução a partir de uma “monoparentalidade programada”, ou seja, “a institucionalização deliberada da monoparentalidade, de maneira a coibir à criança o

³⁷⁹ WELTER, Belmiro Pedro. Obra citada, p. 216.

³⁸⁰ BRAUNER, Maria Cláudia. Obra citada, p. 247.

³⁸¹ A propósito, esta é a posição do comitê britânico, para quem, regra geral, “*é melhor para crianças nascerem em uma família biparental com pai e mãe, conquanto [se] reconheça que é impossível prever-se com qualquer certeza a duração de tal relacionamento*” (WARNOCK, Mary (Pres.). Obra citada, p. 11-12).

direito ao vínculo paterno-filial tão-somente porque sua mãe desejou",³⁸² situação diversa da monoparentalidade decorrente da separação de fato, divórcio ou morte.

O invocado §7º do art. 226 da Constituição Federal subordina, expressamente, a livre decisão do casal quanto ao planejamento de sua família aos “*princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável*”,³⁸³ que certamente não se realizam, em sua plenitude, pela geração de um filho órfão de um dos pais, já desde o nascimento, para satisfação dos interesses egoísticos de um sujeito interessado em se reproduzir. Isto porque “*se a personalidade é formada também pelo estado de família, não se pode retirar de uma pessoa a consolidação de todos os liames que envolvem este estado, dentre eles, a paternidade*”.³⁸⁴

Não se trata, frise-se, de monoparentalidade por consequência do rompimento da união conjugal, superveniente à existência do filho. A situação que aqui se coloca é a pretensão à geração de um filho em uma situação monoparental preordenada pelo arbítrio do genitor. Em um juízo de ponderação do conflito entre o interesse do sujeito em se reproduzir a todo custo, e do filho em se desenvolver em um lar biparental, é

³⁸² MEIRELLES, Jussara Maria Leal de. **Filhos da reprodução assistida**, p. 396. Em outra obra, a mesma autora complementa: “*O interesse da pessoa solteira em ter um filho para cujo desenvolvimento desde o início já planejou descartar a biparentalidade, pode colidir com o direito do filho a conviver num ambiente que lhe proporcione melhor formação como pessoa, privando-o de situações constrangedoras e até vexatórias*” (**Reprodução assistida e exame de DNA: implicações jurídicas**, p. 72).

No mesmo sentido, enuncia o pesquisador francês Gerard Cornu: “*A liberdade da mãe sobre seu corpo não inclui o direito de mutilar a ascendência de outro ser e de o privar do direito de investigar se pai*” (LEITE, Eduardo de Oliveira. **Procriações Artificiais e o Direito**, p. 357).

³⁸³ Leonardo Lenti expõe a evolução da doutrina norte-americana a este respeito. Em um primeiro momento, acentuou-se a liberdade do indivíduo em procriar-se ou deixar de fazê-lo, conforme sua vontade, o que se reveste de certa carga negativa (abstenção de interferências por parte de terceiros e do Estado). Em seguida, construiu-se um suporte teórico sobre o direito de procriar, dotado de conteúdo positivo “*consistente no direito de desenvolver em concreto a função de genitor*”. Em ambos os casos, cuida-se de projetos parentais calcados em pura biologia, simples expressão da reprodução orgânica. Contemporaneamente, ganha relevo uma corrente teórica que sustenta a paternidade não apenas sobre vínculos biológicos, mas, sobretudo, sociais, que afirma: “*verdadeiros pais, sustenta-se, não se é tanto pelo fato de propagar seu próprio patrimônio genético, quanto, sobretudo, pelo fato de se assumir o cuidado e a responsabilidade de criar um filho; em outras palavras, pode-se ser verdadeiros pais mesmo se falta a descendência genética, de modo que é necessário e suficiente o empenho, adequadamente cumprido, de manter, de educar e de instruir*”. (LENTI, Leonardo. Obra citada, p. 44) (Tradução livre).

³⁸⁴ QUEIROZ, Juliane Fernandes. Obra citada, p. 86.

razoável – e constitucionalmente legítimo – que se atribua prevalência ao segundo, mesmo em detrimento do primeiro.

Outro argumento frequentemente suscitado pelos partidários da utilização das técnicas de reprodução assistida por pessoas solteiras, para fins de estabelecimento proposital de uma comunidade familiar premeditadamente monoparental, fundamenta-se na autorização legal da adoção por pessoas solteiras, divorciadas e viúvas.³⁸⁵ Contudo, trata-se de hipóteses distintas, cujo tratamento idêntico é de todo injustificado, por razões óbvias: no caso da reprodução assistida, está a se discutir a possibilidade de geração de uma nova vida a ser desenvolvida na condição monoparental pré-determinada pelo estado civil do genitor interessado, ao passo que, na adoção, a criança já está viva, dotada de personalidade e interesses existenciais em constante violação pela sua não-inserção em um lar estável. Em outras palavras: *“são finalidades distintas. A adoção visa dar pais a quem não os tem. A reprodução assistida em mulher solteira visa apenas a lhe satisfazer o desejo de ser mãe, sem se importar com a criança que, desde a concepção, não terá pai”*.³⁸⁶

A gravidade da situação em que se encontram os menores vivendo em abrigos – agravada pelo decurso do tempo, pois é sabido que geralmente é dada preferência às crianças mais novas, pelos interessados na adoção – é razão suficiente a justificar a adoção por solteiros, divorciados e viúvos, o mesmo não ocorrendo nas hipóteses em que tais pessoas desejem gerar, por conta própria, um filho órfão.

Ciente do discurso sobre os direitos dos pretensos genitores à reprodução e de um possível confronto envolvendo interesses existenciais do filho que há de ser assim gerado, bem como, do fato de que nenhum daqueles é absoluto, José de Oliveira Ascensão pondera que *“no caso, parece muito mais importante acentuar que há que entrar em conta com os direitos do novo ente, que não pode, em caso nenhum, ser considerado como um mero instrumento para a satisfação de objetivos alheios”*.³⁸⁷

³⁸⁵ O Estatuto da Criança e do adolescente permite a adoção, independentemente do estado civil do adotante. Com a nova redação conferida ao artigo 42 pela Lei 12.010/2010, reduziu-se a idade mínima, que antes era de vinte e um, para dezoito anos.

³⁸⁶ CHINELATO E ALMEIDA, Silmara Juny de Abreu. Obra citada, p. 257.

³⁸⁷ ASCENSÃO, José de Oliveira. **Problemas jurídicos da procriação assistida**, p. 70.

Apesar de a Resolução nº. 1.957/2010 do CFM não proibir a utilização das técnicas por pessoas solteiras e viúvas – estendendo-as a *“todas as pessoas capazes, que tenham solicitado o procedimento e cuja indicação não se afaste dos limites desta resolução (...) desde que os participantes estejam de inteiro acordo e devidamente esclarecidos sobre o mesmo, de acordo com a legislação vigente”* (art. II, inc. 1º) – não há que se descurar da disciplina constitucional da matéria, que privilegia os interesses existenciais dos filhos menores mediante garantia do direito à convivência familiar,³⁸⁸ diretriz corroborada pelo Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei 8069/90).³⁸⁹ A geração proposital de filhos órfãos de um dos pais – como meio de satisfação dos desejos do falecido, do supérstite, ou de alívio da dor da família pela perda do ente querido – é flagrantemente contrária a esta perspectiva dirigida à promoção do melhor interesse da criança mediante sua inserção numa família regularmente estruturada, além de violar o princípio da paternidade, ou “parentalidade” responsável.³⁹⁰ Estes mesmos fundamentos tornam injustificável a

³⁸⁸ “**Art. 227.** É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança e ao adolescente, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão”.

³⁸⁹ “**Art. 4º** É dever da família, da comunidade, da sociedade em geral e do poder público assegurar, com absoluta prioridade, a efetivação dos direitos referentes à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao esporte, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária”.

“**Art. 19.** Toda criança ou adolescente tem direito a ser criado e educado no seio da sua família e, excepcionalmente, em família substituta, assegurada a convivência familiar e comunitária, em ambiente livre da presença de pessoas dependentes de substâncias entorpecentes”.

Como é de se perceber, o artigo 4º do Estatuto da Criança e do adolescente praticamente repetiu o disposto no artigo 227 da Constituição Federal (salvo pela introdução direito ao esporte), o que instiga o intérprete a questionar os motivos adotados pelo legislador para assim proceder, dada a existência de norma anterior – e hierarquicamente superior – dispondo acerca da mesma matéria, com semelhante grau de generalidade. Como baliza de reflexão, sugere-se uma prévia indagação: à época da elaboração e promulgação do ECA (1990), a constitucionalização do direito civil estava suficientemente enraizada na cultura jurídica nacional a ponto de, por força da eficácia plena e direta das normas constitucionais, dispensar-se a regulação infraconstitucional dos institutos já nelas presentes, mesmo que mediante simples repetição do que dispunha o seu texto? Aliás, tal racionalidade foi superada, nos dias atuais?

³⁹⁰ “*Há responsabilidade individual e social das pessoas do homem e da mulher que, no exercício das liberdades inerentes à sexualidade e à procriação, vêm gerar uma nova vida humana cuja pessoa – a criança – deve ter priorizado o seu bem-estar físico, psíquico e espiritual, com todos os direitos fundamentais, reconhecidos em seu favor. Daí ser importante o planejamento familiar como representativo não apenas de um simples direito fundamental, mas ao mesmo tempo constituindo*

reprodução assistida independente, por pessoas solteiras, fundamentando, por consequência, a inconstitucionalidade do art. II, inc. 1º da Resolução CFM nº 1.957/2010.

Tais razões se confirmam na conclusão de Eduardo de Oliveira Leite, para quem: *“do ponto de vista ético, a inseminação “post mortem” desvia o sentido mesmo da procriação artificial, negando sua razão de ser: remediar as conseqüências da esterilidade e da hipofertilidade. Além disso, a medicina poderia contribuir no nascimento de uma criança órfã, desejada como tal pela vontade dos pais? É este o papel da medicina? Tudo indica que não”*.³⁹¹

É por esta razão que, a partir de uma leitura conforme aos parâmetros constitucionais, mostra-se mais aconselhável a restrição do deferimento das técnicas de reprodução assistida apenas aos cônjuges e conviventes em união estável, portadores de razões clínicas atreladas à infertilidade ou à doenças hereditariamente transmissíveis.

responsabilidades no campo das relações parentalidade-filiação”. (GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. **Efeitos civis da reprodução assistida heteróloga de acordo com o novo Código Civil e Estatuto da Criança e do Adolescente**, p. 271).

³⁹¹ LEITE, Eduardo de Oliveira. **Procriações Artificiais e o Direito**, p. 142.

4. Paternidade, maternidade e filiação.

Após um breve relato histórico sobre as relações familiares brasileiras, desde a colônia até os dias atuais, acentuando-se a análise sobre a perspectiva legislativa e constitucional do trato da filiação, apresentou-se o desenvolvimento das técnicas de reprodução humana assistida que – ocorrendo simultaneamente à gradativa abolição da desigualdade jurídica entre filhos (sensivelmente verificada na segunda metade do século passado) – incrementou exponencialmente a complexidade das relações de paternidade / maternidade / filiação, reclamando, por consequência, a reestruturação do discurso jurídico disposto a lhe prestar tutela.

O presente capítulo sugere uma reflexão acerca dos vínculos de paternidade e maternidade gerados nas técnicas de reprodução assistida, a ser orientada pela prévia compreensão da conjugação entre dois caminhos trilhados pelo Direito brasileiro: o primeiro diz respeito ao declínio da distinção jurídica entre as diversas categorias de filhos (legítimos, ilegítimos, espúrios, adulterinos); o segundo se refere ao novo suporte axiológico das relações de parentesco, calcadas sobre vínculos não apenas jurídicos ou biológicos, mas, sobretudo, socioafetivos. O objetivo almejado por este capítulo é a verificação da consistência entre estas duas diretrizes, entre si, e em relação à principiologia estabelecida pela Constituição Federal.

4.1. Conflito entre “verdades”: biológica, afetiva, contratual e jurídica.

Quem é filho? Será apenas o concebido na constância do casamento, ou também fora dele? Será apenas o fruto do contato sexual de seus pais, ou também o resultado de técnicas de reprodução assistida envolvendo material genético de terceiros? Será apenas o concebido *in vivo*, nas trompas de falópio, ou também o fertilizado *in vitro*, implantado no útero de alguém que pode não ser a fornecedora de seu óvulo? Será apenas o descendente biológico, portador da metade da carga genética de cada cônjuge, ou também aquele cuja relação de estabeleceu, por vínculos de afeto, como ocorre na adoção (formal e informal) e nas famílias recompostas?

A resposta constitucional é inequívoca: todos são filhos, e apenas filhos.

A equalização do status da filiação implicou na derrocada dos adjetivos (legítimo, ilegítimo, natural, espúrio, etc.) que, no paradigma anterior, acompanhavam não apenas o *vocabulo* “filho”,³⁹² mas também – e de modo mais severo – a *existência* do filho, que tinha sua dignidade e honra sacrificadas pela vigência de segregações jurídicas e socioculturais baseadas, paradoxalmente, em uma circunstância da qual aquele sujeito não participou, teve culpa, ou tinha poder de impedir: sua concepção.³⁹³

Todavia, afirmar que, independentemente de sua origem, *todos são filhos*, na axiologia constitucional, retrata apenas uma das extremidades do vínculo paterno-materno-filial. Percorrido este liame, chega-se à sua extremidade oposta e se depara com uma questão ainda mais sensível a se enfrentar: *quem são seus pais?*

A simplicidade da interrogação é inversamente proporcional à complexidade envolvida na resposta. A conjugação da procriação humana – natural e assistida – com a pluralidade de vínculos e modelos familiares gera um grande número de situações em que, no polo paterno/materno desta relação, duas (ou mais) pessoas concorrem ao posto de pais e mães de um mesmo filho, em condições dotadas de semelhante importância, sob a ótica da Moral e do Direito.

Um mesmo filho pode ter sua origem estabelecida sobre vínculos biológicos, jurídicos, contratuais e afetivos entre pessoas distintas, algumas das quais desconhecidas, entre si.³⁹⁴ Vale lembrar que nas relações de adoção, na recomposição

³⁹² Entretanto, conforme ressalva Luiz Edson Fachin, a única distinção que ainda subsiste é aquela entre filhos matrimoniais e extramatrimoniais, pois se trata de condição ao tratamento diferenciado destinado à sua equalização, justificada pelo fato de que cada uma destas situações de fato demanda tratamento jurídico peculiar, como ocorre na presunção de paternidade dos filhos matrimoniais e na disciplina do procedimento de reconhecimento dos filhos extramatrimoniais, situações que não confundem. (FACHIN, Luiz Edson. **Comentários ao Novo Código Civil**. Do Direito de Família, Do Direito Pessoal. Das Relações de Parentesco. V. XVIII, p. 122). Nas palavras de Sérgio Gischcow Ferreira, “*esta distinção é inafastável, pelo menos enquanto não for abolido o casamento*” (Apud: GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. **Efeitos civis da reprodução assistida heteróloga de acordo com o novo Código Civil e Estatuto da Criança e do Adolescente**, p. 469-470).

³⁹³ “*O princípio da inocência, embutido no princípio da igualdade, fez desaparecer qualquer tratamento discriminatório em face da situação jurídica dos autores da descendência. Legítimo ou adulterino, o estigma é extirpado. Filhos são todos, iguais e por inteiro*” (FACHIN, Luiz Edson. **Da paternidade**: relação biológica e afetiva, p. 94).

³⁹⁴ “*A filiação jurídica pode não ser a biológica. A paternidade analisada sob o prisma civil-constitucional também não pode se desprender da filiação afetiva. Mas a paternidade afetiva pode não ser a jurídica, a jurídica pode não ser a biológica e a biológica pode não ser a afetiva. Diante disso se percebe a insuficiência de um desses critérios para um consistente vínculo paterno-filial, o*

familiar e em boa parte das técnicas de reprodução humana assistida, a ascendência genética não coincide com a paternidade jurídica ou afetiva, havendo, assim, uma pluralidade de sujeitos potencialmente portadores da condição de pai e de mãe, a depender da “*verdade*”, ou seja, do vínculo eleito para prevalecer no caso concreto.³⁹⁵

Pela concorrência de várias “verdades” a sustentar o vínculo paterno e materno de um mesmo sujeito, não se pode deixar de observar que, apesar da possibilidade de se apontar sua prevalência ideológica – espécie de “culto” – em determinado contexto histórico e espacial, boa parte dos vínculos (ou “verdades”) sobre a filiação não se sucederam ao longo do tempo ou no espaço, mas, desde sempre, coexistiram. Daí porque não há como se sustentar a ocorrência de uma sucessão linear entre estes modelos, tal como se o implemento de um culminasse na supressão do anterior. Sem embargo, a prevalência desfrutada por cada uma das verdades da filiação (jurídica, biológica e afetiva) implica, forçosamente, no reconhecimento da existência dos demais vínculos, sobre os quais a prevalência se impôs. A necessária eleição de um determinado liame parental, a prevalecer no caso concreto, fruto da coexistência de verdades distintas envolvendo os mesmos sujeitos, “*não se trata, necessariamente, de um juízo de exclusão, e sim de complementaridade*”.³⁹⁶

qual somente se completa com o equilíbrio entre os critérios jurídico, biológico e afetivo” (VENCELAU, Rose Melo. Obra citada, p. 90). No mesmo sentido: “*O sistema clássico está superado, é fato. No entanto, um novo sistema deve emergir numa conjugação harmônica dos vetores definidos, tanto pela verdade biológica, quanto pela verdade socioafetiva*” (QUEIROZ, Juliane Fernandes. Obra citada, p. 56).

³⁹⁵ Neste particular, discorda-se de Paulo Lôbo, para quem “*toda paternidade é necessariamente socioafetiva, podendo ter origem biológica ou não-biológica*”, sob o fundamento de que “*a paternidade socioafetiva é gênero do qual são espécies a paternidade biológica e a paternidade não biológica*”. (**Socioafetividade no Direito de Família: a Persistente Trajetória de um Conceito Fundamental**, p. 13). Tal posição não se sustenta, na medida em é plenamente possível a existência de uma relação de paternidade biológica destituída de qualquer socioafetividade e vice-versa. Sem embargo, trata-se de vínculos independentes entre si, que podem, ou não, coincidir, conforme já anunciara Luiz Edson Fachin (in: **Da paternidade** – Relação biológica e afetiva, p. 59). Não há suporte jurídico à negação da paternidade (e de sua eventual investigação, pelo interessado) apenas pela inexistência de vínculos socioafetivos mantidos com o genitor biológico. O que se impõe, conforme será analisado, é a relativização dos efeitos da declaração dos vínculos biológicos em cada caso, sobretudo quanto à sua eficácia para a constituição de vínculos jurídicos e desconstituição de vínculos afetivos de paternidade e filiação.

³⁹⁶ FACHIN, Luiz Edson. **Comentários ao Novo Código Civil**. Do Direito de Família, Do Direito Pessoal. Das Relações de Parentesco. V. XVIII, p. 26.

Tal como anteriormente verificado em relação aos denominados “modelos” familiares – cuja “evolução”, no tempo e espaço, não ocorreu pela supressão de um modelo e introdução do seguinte, mas sim por uma lenta, e, até hoje, incompleta transformação de bases ideológicas e jurídicas de sustentação – é possível diagnosticar-se apenas a prevalência de determinado(s) vínculo(s), ou “verdade(s)”, em determinado contexto histórico e social, sem contudo, que isto ocorra em regime de exclusividade. Assim, “*o decreto do fim da era biologista*” (e o mesmo pode se estender ao declínio do império jurídico dos vínculos registrais e presuntivos) “*não pode corresponder à fixação de um mito ou estigma. O que está em questão é uma perspectiva em construção da nova paternidade jurídica e não apenas a substituição tout court de um modelo pelo outro, estanque, rígido e definido*”.³⁹⁷

O complexo das vicissitudes sofridas pelo estatuto jurídico das relações erótico-afetivas e do projeto parental frustra a expectativa daquele que pretende assistir a uma linha sucessória unidirecional a embasar a evolução do instituto das famílias. No âmbito da filiação, mais de que nunca, está-se diante de uma pluralidade de vínculos coexistentes (muitas vezes sobre um mesmo sujeito), e, não raramente, contrários entre si, apesar de juridicamente válidos e socialmente legítimos.

Por um lado, tal constatação demonstra a responsabilidade imanente à tarefa do intérprete de tais situações de confronto e, por outro, anuncia a insuficiência e ineficácia do fornecimento de soluções jurídicas *a priori* para tais embates. A coexistência de situações válidas perante a Moral e o Direito (validade jurídica aferida inclusive através de uma leitura sistêmica do ordenamento, sob a égide da Constituição Federal) descarta a pretensão de solução definitiva de tais questões pela leitura estrita da legislação civil, pelo apego ideológico às conquistas logradas pela ciência ou pelos dogmas impostos pela moral ou pela religião.

4.1.1. Vínculo jurídico: do registro à presunção

A paternidade é umas das mais fundamentais relações humanas, eis que fundamental à perpetuação da espécie. Vínculos estabelecidos sobre pais e filhos,

³⁹⁷ FACHIN, Luiz Edson. Idem, p. 62.

calcados nos mais diversos pressupostos (biológico, social, afetivo, psicológico) são apreendidos pelo ordenamento jurídico, que lhes insere em um complexo de situações subjetivas existenciais³⁹⁸ de ordem patrimonial (direitos sucessórios, alimentos, vedações a algumas formas de disposição prejudiciais a herdeiros) e extrapatrimonial (poder familiar e seus correlatos deveres de educação, instrução, atendimento e satisfação do melhor interesse da criança, direito à convivência familiar, que engloba o direito de visita e a guarda, dentre outras).³⁹⁹

Tal como são plurais as consequências atribuídas pelo Direito paternidade, plurais também são os fundamentos que justificam a sua apreensão jurídica. Em um primeiro momento, a paternidade se apresenta, juridicamente, pelo registro – voluntário ou forçado, com todos os desdobramentos peculiares às ações de investigação ou negação de paternidade – e pelas presunções de paternidade e maternidade. Nesta perspectiva, a chamada “verdade jurídica”, expressão da afirmação legislada da existência da paternidade, desdobra-se em duas outras subcategorias: a *verdade registral* e a *verdade presumida* da paternidade.

A verdade registral afirma-se pelo ato de registro do nascimento do filho no Cartório de Registro Civil das Pessoas Naturais (art. 29, inc. I da Lei nº. 6.015/1973). Diante de pesquisas governamentais constatando que considerável parcela da população (sobretudo em áreas de menor desenvolvimento) não tinha sua existência registrada, o que lhes obstava o exercício de direitos fundamentais, os registros de nascimento e óbito, bem como a primeira respectiva certidão, foram dispensados da

³⁹⁸ Estas situações não se esgotam nas categorias jurídicas típicas e pré-definidas pelo ordenamento positivo, tais como os direitos subjetivos, deveres, poderes-deveres, ônus, etc., mas se apresentam, muitas vezes, em contornos legalmente atípicos – porém socialmente típicos, e em plena harmonia com a cláusula geral de proteção à dignidade humana. Este é o suporte que justifica sua tutela, em um ordenamento que tem seu Direito Civil constitucionalizado. Nas palavras de Perlingieri:

“Não existe um número fechado de hipóteses tuteladas: tutelado é o valor da pessoa sem limites, salvo aqueles colocados no seu interesse e naqueles de outras pessoas. A elasticidade torna-se instrumento para realizar formas de proteção também atípicas, fundadas no interesse à existência e no livre exercício da vida de relações” (PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do direito civil: introdução ao direito civil constitucional**, p. 155-156). No mesmo sentido: LÔBO, Paulo. **Danos morais e direitos da personalidade**, p. 353-354).

³⁹⁹ Conforme destaca Maria Berenice Dias: “*embora o valor do liame registral, hoje, seja inferior ao valor do liame socioafetivo, ainda é o principal gerador de direitos e deveres: gera dever de alimentos e de mútua assistência, alicerça o direito sucessório e as limitações legais que regulam os atos jurídicos entre ascendentes e descendentes*”. (In: Obra citada, p. 301).

cobrança e emolumentos (art. 30 da mesma Lei, com redação dada pela Lei nº 9.534, de 1997).⁴⁰⁰

O registro da certidão do termo de nascimento é ato constitutivo do vínculo jurídico de paternidade, gozando de publicidade (art. 1.603 do Código Civil) e veracidade incontestável, salvo em havendo prova de erro ou falsidade (art. 1.604). Além deste, também fazem prova da filiação os seguintes atos voluntários: a escritura pública e o escrito particular, a ser posteriormente depositado em cartório (art. 1.609, inc. II), o *“testamento, ainda que incidentalmente manifestado”* (inc. III) e a *“manifestação direta e expressa perante o juiz, ainda que o reconhecimento não haja sido o objeto único e principal do ato que o contém”* (inc. IV). A verdade registral é relativizada, por expressa determinação legal (art. 1.605 do Código Civil), admitindo-se que se comprove a filiação por qualquer modo admissível em direito, *“quando houver começo de prova por escrito, proveniente dos pais, conjunta ou separadamente”* (inc. I) ou *“quando existirem veementes presunções resultantes de fatos já certos”* (inc. II).

O registro da filiação matrimonial obedece à regra da presunção de paternidade dos filhos havidos na constância do casamento (art. 1.597 do Código Civil, a ser posteriormente analisado). Basta o comparecimento de um dos pais em cartório, munido da certidão de casamento, para que se possa registrar o filho em nome de ambos. Nos demais casos (de união estável, por exemplo) é necessária a presença de ambos os pais para que o oficial assim os qualifique, no assento de nascimento do filho.⁴⁰¹

O registro da filiação extramatrimonial (anteriormente adjetivada de natural, espúria, adulterina, etc.) decorre de reconhecimento voluntário (por um dos meios previstos pelos artigos. 1.609 e 1.609, do Código Civil) ou de sentença proferida em

⁴⁰⁰ Não obstante, em sua redação anterior, assim já dispunha a Lei de Registros Públicos:

“Art. 30. Das pessoas comprovadamente pobres, à vista de atestado da autoridade competente, não será cobrado emolumento pelo registro civil e respectiva certidão”.

⁴⁰¹ DIAS, Maria Berenice. Obra citada, p. 301. A despeito do reconhecimento constitucional da união estável como entidade familiar, vale lembrar que tais uniões não se comprovam por certidão, elemento necessário ao registro dos filhos matrimoniais em nome de ambos os pais, mesmo comparecendo apenas um deles.

sede de ação de investigação de paternidade, que geralmente tem a ascendência biológica como causa de pedir.

O reconhecimento de filhos é ato declaratório, irrevogável (art. 1.610 do Código Civil) e incondicional, ou seja, impossível de ser submetido a elemento modal, tal como a condição, termo e encargo (art. 1.613). Isso se justifica pela natureza existencial dos interesses envolvidos e visa evitar a utilização do reconhecimento como instrumento de satisfação de interesses patrimoniais, passíveis de “negociação” mediante aposição de condição, termo ou encargo ao ato declaratório. Sequer a anulação do casamento possui o condão de desconstituir o estado de filiação (art. 1.617), até porque os filhos não podem ser penalizados por vicissitudes turbulentas da relação amorosa havida entre seus pais.

Sua eficácia é *erga omnes* e *ex tunc*, ou seja, opõe-se a todos e opera retroativamente à data do nascimento do filho. Não obstante, é possível o reconhecimento de nascituro (art. 1.609, § único do Código C), também de modo incondicional, o que não se revoga sequer diante do nascimento sem vida, hipótese em que deverá ocorrer o registro a partir dos “*elementos que couberem*” (vínculo de paternidade, no caso) e com remissão ao óbito (art. 53 da Lei nº 6.015/1973).

Em sua expressão voluntária, o reconhecimento é ato jurídico em sentido estrito, personalíssimo – embora possa ser efetivado por procurador munido de poderes especiais (art. 59 da Lei nº 6.015/1973) – espontâneo (livre), solene, público e incondicional, prescindindo de qualquer prova de laços genéticos. Sua impugnação apenas tem cabimento mediante prova robusta de erro ou falsidade, não se admitindo o arrependimento. Tal como a incondicionalidade, a irretratabilidade decorre do caráter personalíssimo do estado de filiação ostentado pelo sujeito reconhecido.

Por força do que dispõe o art. 1.604 do Código Civil, salvo em se provando erro ou falsidade, a ninguém é dado vindicar estado contrário ao que consta no registro de nascimento. Assim, um eventual segundo registro da mesma pessoa, levado a efeito por pessoa diversa daquela que firmou o primeiro assento, não teria qualquer validade enquanto este não fosse desconstituído na forma da Lei. A pretensão à desconstituição pode ser manejada na mesma demanda em que se postula o vínculo de filiação e, no

entender de Maria Berenice Dias, não precisa ser expressamente requerida, pois a revogação do primeiro registro é efeito anexo da sentença de procedência da pretensão declaratória de paternidade.⁴⁰²

Admite-se, ainda, o reconhecimento de filho já falecido, desde que este tenha deixado descendentes (art. 1.609, § único, do CÓDIGO CIVIL e art. 26, § único, do ECA). Esta disposição tem por objetivo evitar a ocorrência de fraudes que poderiam ocorrer pelo reconhecimento póstumo realizado apenas com vistas a apropriação da herança do falecido que não teve sua paternidade registrada em vida.⁴⁰³ Assim, a existência de um descendente do falecido (exigência para o reconhecimento póstumo) retira do ascendente a condição de herdeiro imediato (art. 1.829, incisos I e II e art. 1.836 do Código Civil).

Ordinariamente, o filho permanece sob a guarda de quem o reconheceu de modo isolado; em caso de reconhecimento conjunto, por ambos os genitores, a guarda será determinada pelo seu melhor interesse (art. 1.612). Contudo, deve-se observar que “o filho havido fora do casamento, reconhecido por um dos cônjuges, não poderá residir no lar conjugal sem o consentimento do outro”. (art. 1.611), regra que descarta a prevalência constitucionalmente garantida ao melhor interesse da criança e ao seu direito à convivência familiar (art. 227 da CF).⁴⁰⁴ A leitura isolada do dispositivo do Código poderia conduzir, no caso concreto, ao cerceamento do direito fundamental do filho reconhecido à convivência familiar, em virtude da prevalência da vontade de um dos cônjuges em não receber, em seu lar, o descendente de seu cônjuge, estrangeiro à

⁴⁰² DIAS, Maria Berenice. Obra citada, p. 311-312. Esta conclusão encontra respaldo na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, que proclama:

“INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE, CUMULADA COM PETIÇÃO DE HERANÇA. CANCELAMENTO DO REGISTRO DE NASCIMENTO. EFEITO DA SENTENÇA DE PROCEDÊNCIA. CITAÇÃO DO PAI REGISTRAL. – É prescindível o prévio ou concomitante ajuizamento do pedido de anulação do registro de nascimento do investigante, dado que esse cancelamento é simples consequência da sentença que der pela procedência da ação investigatória. Precedentes do STJ. – É litisconsorte passivo necessário o pai registral, cuja citação é de ser efetivada como interessado no desfecho da lide. Recurso especial conhecido, em parte, e provido parcialmente”.

(REsp 402859/SP, Rel. Ministro Barros Monteiro, Quarta Turma, julgado em 22/02/2005, DJ 28/03/2005, p. 260)

⁴⁰³ DIAS, Maria Berenice. Obra citada, p. 311-312.

⁴⁰⁴ DIAS, Maria Berenice. Idem, p. 312.

relação matrimonial. Daí porque este, e todos os demais dispositivos pertinentes ao reconhecimento de filhos, devem ser interpretados e aplicados sob o crivo imediato da principiologia constitucional, especialmente no que se refere à igualdade entre filhos de qualquer origem (§6º do mesmo artigo) e ao direito à convivência familiar, expressão da promoção de sua dignidade e melhor interesse (art. 227).

Ambos os genitores, conjunta ou separadamente, detêm legitimidade para reconhecer seus filhos, havidos ou não na constância do casamento (art. 1.607 do Código Civil).⁴⁰⁵ Apesar da presunção de paternidade do art. 1.597 do Código Civil, a mulher casada não está obrigada a registrar o seu filho em nome do esposo, tampouco a indicar quem é o pai da criança. Caso opte por indicar a ascendência, instaura-se o procedimento oficioso de averiguação de paternidade, previsto pela Lei nº 8.560/1992. *“Porém, se ela não sabe quem é o genitor, ou não quer que o filho tenha o nome dele, não há como força-la. Simplesmente não se desencadeia o procedimento investigatório”*.⁴⁰⁶

O reconhecimento de filhos maiores de dezoito anos depende de seu consentimento expresso, o que não ocorre em relação aos filhos menores (art. 1.614 do CÓDIGO CIVIL), a quem é apenas assegurada a impugnação do reconhecimento no prazo decadencial de quatro anos subsequentes à maioridade ou emancipação. Não obstante, tal como ocorre na adoção (art. 45, §2º do ECA), deve-se levar em conta o consentimento prestado pelos filhos, especialmente os maiores de doze anos de idade.⁴⁰⁷

O segundo alicerce da verdade jurídica é compreendido pelos elos de presunção de paternidade e maternidade, ficções legais destinadas garantia da estabilidade

⁴⁰⁵ Com vistas a assegurar a vedação ao tratamento discriminatório dos filhos, estabelece a Lei nº 8.560/1992:

“Art. 5º No registro de nascimento não se fará qualquer referência à natureza da filiação, à sua ordem em relação a outros irmãos do mesmo prenome, exceto gêmeos, ao lugar e cartório do casamento dos pais e ao estado civil destes”.

⁴⁰⁶ DIAS, Maria Berenice. Obra citada, p. 313.

⁴⁰⁷ *“O ordenamento jurídico precisa ser interpretado com lógica, com coerência, com unidade constitucional, principalmente com base no superprincípio da proteção absoluta e integral da criança e do adolescente. Dessa forma nada justifica o registro de um adolescente sem que lhe seja dada a oportunidade de se manifestar”* (DIAS, Maria Berenice. Idem, p. 316).

familiar, pelas quais se assegura, ao filho concebido na constância do casamento, a vinculação paterna e materna, impedindo-se sua contestação por terceiros.

A presunção de paternidade, endossada pelo brocado “*pater is est quem nuptiae demonstrant*” (pai é aquele cujas núpcias demonstram), ou simplesmente, “*pater is est*” (conforme o termo se difundiu em doutrina e jurisprudência) remonta à história romana, onde sua existência estava atrelada ao poder do *pater* sobre sua esposa e filhos (que podiam ser aceitos ao rejeitados pelo chefe da família), sendo posteriormente acolhida pelo Código de Napoleão. Com o objetivo de assegurar a paz das famílias, o *Code* instituiu a discriminação da filiação ilegítima, praticamente vedando a investigação de paternidade, por força do império da presunção *pater is est*, corroborado pela autoridade patriarcal.⁴⁰⁸ Já se anunciava, então, a estrita vinculação entre legitimidade e presunção de paternidade, que depois viria a se arraigar na cultura jurídica.

Conforme indica Marie-Thérèse Meulders-Klein, a presunção de paternidade foi inicialmente concebida não em função da proteção do filho, mas como exercício de uma espécie de direito de propriedade do pai sobre os filhos concebidos por sua esposa. Em outras palavras: “*A criança aparece, neste contexto, antes como objeto do que sujeito: objeto de propriedade, de poder, de perpetuação de um culto, de orgulho ou de exploração, mas sempre objeto que se dispõe conforme o nascimento e as circunstâncias históricas, nas categorias lógicas e ideológicas soberanamente previstas para este efeito*”.⁴⁰⁹ Conforme será posteriormente analisado, não apenas a verdade jurídica encampada pela presunção de paternidade, mas também a verdade biológica transmitida pela ascendência genética é, não raramente, apreendida por uma ótica própria a dos direitos reais, que interpreta a pessoa do filho como objeto passível de apropriação e disposição pelos seus ascendentes, alocados na figura de proprietários. Cuida-se de uma espécie de “reificação” do sujeito, em manifesto descompasso à tábua de valores vigente no império da atual Constituição Federal.

⁴⁰⁸ FACHIN, Luiz Edson. **Estabelecimento da filiação e paternidade presumida**, p. 31-32.

⁴⁰⁹ LEITE Eduardo de Oliveira. **Exame de DNA, ou, o limite entre o genitor e o pai**, p. 69.

Existem várias teorias a justificar a existência da presunção *pater is est*, dentre as quais se pode destacar: teoria da *acessoriedade* (a qual proclama que, tal como a mãe, o filho também é de propriedade do seu marido, eis que o bem acessório segue o principal); da *presunção de fidelidade da esposa* (presumindo-se, correlatamente, a sua inocência quanto ao adultério); da *coabitação* (que fundamenta a existência e exclusividade do contato sexual entre os cônjuges); da *vigilância* do marido (que deve ter a mulher sob seu controle); da *admissão antecipada* do filho pelo marido (pressupondo-se que o desejo de reprodução é conexo ao do matrimônio) e a *conceitualista* ou *formalista* (que atrela a presunção de filiação ao título de nascimento).⁴¹⁰

Em linhas gerais, a disciplina jurídica da paternidade presumida não encontra grandes diferenças entre os ordenamentos jurídicos de orientação romano-germânica.⁴¹¹ Sua função principal é o esclarecimento da paternidade de filhos havidos na constância do casamento, o que se opera mediante imputação do vínculo ao marido da mulher que deu a luz à criança. Esta imputação lhe atribui legitimidade exclusiva para a impugnação dos filhos havidos de sua esposa, não estando tal prerrogativa sujeita a qualquer prazo prescricional, no Direito brasileiro (art. 1.601 do Código Civil).

A rigor, o marido pode, a qualquer tempo, valer-se de ação negatória de paternidade para pleitear a desconstituição do vínculo, baseando sua causa de pedir no fato de não ser o pai biológico daquele que, até então, presumia-se como sendo seu filho. Entretanto, a prerrogativa de impugnação da paternidade biológica deve ser necessariamente interpretada a partir da existência, ou não, de vínculos socioafetivos de paternidade entre os envolvidos.⁴¹² Conforme será melhor analisado posteriormente, a relevância de tais vínculos pode, no caso concreto, resultar em uma sentença dotada

⁴¹⁰ BOEIRA, José Bernardo Ramos. Apud: WELTER, Belmiro Pedro. Obra citada, p. 65.

⁴¹¹ Para uma análise pormenorizada do tratamento da presunção *pater is est* nos ordenamentos argentino, português, espanhol, italiano e francês, recomenda-se: GUIMARÃES, Luís Paulo Cotrim. **A paternidade presumida no direito brasileiro e comparado**, pp. 161 e ss.

⁴¹² Conforme destaca Maria Berenice Dias: “Entre o direito do pai de negar a paternidade biológica e o direito do filho de ver preservada a posse de estado de filho que sempre desfrutou não há como deixar de dar prevalência à filiação afetiva” (In: Obra citada, p. 325).

de eficácia meramente declaratória de inexistência de vínculos biológicos, mas sem aptidão para desconstituir a paternidade jurídica, então alicerçada sobre vínculos socioafetivos contemplados pela posse de estado de filiação. Nestas hipóteses, “*a declaração do vínculo biológico não surte efeitos no registro civil e, em consequência, não ocorrem sequelas de ordem matrimonial ou sucessória*”.⁴¹³

No âmbito do processo, a presunção geralmente incide sob o viés relativo (*iuris tantum*) que, por um lado, admite sua desconstituição a partir de outros elementos de prova, e, por outro, transfere à parte adversa o ônus de impugná-la. Sua natureza é legal (conforme afirmado pelo próprio Código Civil, em seu art. 1.600), e a sua lógica consiste em partir de um fato conhecido (parto de mulher casada) para determinar um fato desconhecido (paternidade) a partir de um juízo de probabilidade acerca da relação sexual onde ocorreu a concepção, resultando no estabelecimento do vínculo ao marido.

O caráter relativo da presunção *pater is est* se deve à possibilidade de sua impugnação, pelo marido, ou por seus ascendentes ou descendentes em caso de incapacidade ou morte, no curso da ação negatória (art. 1.601 do Código Civil).⁴¹⁴ Todavia, a presunção também contempla um viés absoluto (“*iuris et de iure*”), compreendido pela sua oponibilidade perante terceiros, a quem é vedada a impugnação da filiação matrimonial,⁴¹⁵ conclusão a que se chega, mediante exclusão, pela leitura do referido dispositivo legal que restringe, ao marido, a legitimidade exclusiva para impugnar os filhos de sua esposa. Em outras palavras, “*no sistema codificado, o filho tem por pai o marido da mãe, e somente a este compete destruir essa presunção em hipóteses determinadas em lei*”, de modo que “*mesmo sendo, à evidência, o filho de outro homem que não o marido da mãe, o silêncio do marido com a não contestação*

⁴¹³ DIAS, Maria Berenice. Obra citada, p. 328. Em sentido contrário, Pietro Perlingieri sustenta a possibilidade do reconhecimento do filho pelo doador do sêmen, admitindo a constituição de vínculos de filiação. (In: **Perfis do Direito Civil: Introdução ao Direito Civil-Constitucional**, p. 177).

⁴¹⁴ FACHIN, Luiz Edson. **Comentários ao Novo Código Civil**. Do Direito de Família, Do Direito Pessoal. Das Relações de Parentesco. V. XVIII, p. 51.

⁴¹⁵ LEITE, Eduardo de Oliveira. **Procriações Artificiais e o Direito**, p. 351.

*faz subsistir a paternidade jurídica do marido da mãe, indisfarçavelmente fictícia e biologicamente improvável”.*⁴¹⁶

Esta presunção possui um viés técnico – ligado à já referida distribuição do ônus da prova nos processo de investigação ou negação da paternidade – e um viés ideológico, orientado pela perpetuação, com estabilidade, do modelo matrimonial de família, o que se opera pela salvaguarda do interesse do filho que, nascido de mulher casada, tem protegidos seus interesses pela imputação compulsória da paternidade (e dos deveres dela decorrentes) ao marido da mãe. No viés ideológico reside, ainda, notável carga de desigualdade entre cônjuges, diante da inexistência de plena reciprocidade entre os poderes conferidos a cada cônjuge (artigos 1.600 a 1.602 do Código Civil), caractere típico do modelo patriarcal de família.

Sua abrangência compreende os filhos havidos na constância do casamento aqueles que foram concebidos anteriormente, mas nascidos na constância do casamento, bem como os que, concebidos na constância do casamento, nasceram após a sua dissolução (art. 1.597 e 1.598 do Código Civil). Delimita-se, ainda, um domínio de restrição, pelo qual se afasta sua incidência nos casos em que a paternidade seja fisicamente improvável (art. 1.599),⁴¹⁷ bem como, quando procedente a *exceptio plurium concubentium*. Nunca havendo sido efetivamente positivada no Brasil, esta exceção sempre foi uma constante nas discussões visando impugnação da paternidade, quer seja na modalidade presumida (por homens casados), quer seja na investigação de paternidade. Em síntese, a exceção tem por fundamento o fato de a mãe haver mantido relações sexuais com dois ou mais homens à época em que provavelmente ocorreu a concepção, o que retira a certeza contida nas presunções de concepção atreladas à coabitação, anteriormente referidas. Nestes casos, o excipiente pode até reconhecer a manutenção de relações sexuais com a excipiente, mas opõe a ressalva da concomitância de contatos sexuais mantidos pela mãe e outros homens, o que gera a dúvida em relação a “autoria” genética da concepção do filho. Recentemente, a exceção teve seu prestígio diminuído, seja pelo desenvolvimento de métodos eficazes de aferição da verdade

⁴¹⁶ FACHIN, Luiz Edson. **Estabelecimento da filiação e paternidade presumida**, p. 145.

⁴¹⁷ FACHIN, Luiz Edson. *Idem*, p. 35-37.

biológica, seja pela inadmissibilidade de discussão dos hábitos sexuais da mãe, matéria albergada pela inviolabilidade da vida privada (art. 5º, inc. X da CF), não podendo se utilizar dos “antecedentes” de seus pais como fundamento à frustração do direito do filho à paternidade. Na opinião de Maria Berenice Dias, a discussão a este respeito tem índole difamatória, e pode configurar causa de pedir para pretensão indenizatória por danos morais por violação à honra.⁴¹⁸

A presunção de vínculos paternais gera duas consequências complementares: a primeira diz respeito à atribuição, aos pais, de deveres e responsabilidades parentais, consistentes no cuidado, educação, sustento e no desempenho das demais funções típicas da paternidade; a segunda, atuando plano dos direitos, impõe a terceiros o dever de respeito pelo vínculo.⁴¹⁹ Entretanto, toda sorte de benefícios decorrentes da presunção *pater is est* é apenas desfrutada pelos filhos matrimoniais que, desde o nascimento, têm definida a paternidade. A seu turno, os filhos ilegítimos não recebem qualquer sorte de amparo pela sua incidência e, ainda, veem dificultado o seu reconhecimento.

Apesar da compreensão da união estável como entidade familiar (art. 226, §3º da CF), a doutrina firmou entendimento no sentido da restrição da incidência da presunção *pater is est* aos casais unidos pelo matrimônio, afastando a presunção aos companheiros conviventes em união estável, exceto em havendo prova pré-constituída da existência da união (decisão judicial de reconhecimento) coincidente com a época da concepção do filho (art. 1.605, inc. II do Código Civil).⁴²⁰ Há, contudo, vozes divergentes a sustentar que, na união estável, impera presunção dotada de caráter relativo, que pode ser afastada mediante ação negatória em não havendo sido consolidada a paternidade socioafetiva.⁴²¹

⁴¹⁸ DIAS, Maria Berenice. Obra citada, p. 333.

⁴¹⁹ FACHIN, Luiz Edson. **Estabelecimento da filiação e paternidade presumida**, p. 27-28.

⁴²⁰ DIAS, Maria Berenice. Obra citada, p. 311.

⁴²¹ WELTER, Belmiro Pedro. **Igualdade entre as filiações biológica e socioafetiva**, p. 102. Neste sentido: TJRS – Apelação Cível Nº 598016186, Quarta Câmara Cível, Relator: Des. João Carlos Branco Cardoso, Julgado em 03/06/1998.

Do mesmo modo, a maternidade também é compreendida pelo direito sob a forma de uma presunção, de índole essencialmente biológica, que reconhece como mãe aquela que exteriorizou os sinais inequívocos da gravidez e do parto. Daí porque, de modo diverso ao que ocorre com a paternidade – cujo vínculo biológico é aferível, de modo inequívoco, apenas por exames clínicos – a exteriorização dos sinais da gravidez e do parto, aliada ao conhecimento de que “*somente pode ser mãe a mulher que, por força do contato sexual com um homem, teve seu óvulo fertilizado no interior do seu corpo*”, gestando-o, em média, por um “*lapso temporal de quarenta semanas desde a concepção*” deram azo à formulação do brocado “*mater semper certa est*”,⁴²² livremente traduzido por “a mãe sempre é certa”.

O brocado se sustentou com elevada dose de confiabilidade por longo período histórico, em que não se conheciam as técnicas de reprodução assistida operadas mediante fertilização *in vitro* com doação de óvulos, transferência de zigotos ou gestação de substituição.⁴²³ Recentemente – a partir da metade do século passado – pelo desenvolvimento de avançadas técnicas reprodutivas, logrou-se reproduzir seres humanos que não guardam qualquer vinculação genética sua gestante/parturiente, o que colocou em discussão a subsistência desta presunção. A esta altura, a mãe “nem sempre” é certa.

Na medida em que o fundamento do brocado residia, justamente, na inequívoca vinculação biológica entre mãe e filho, ostentada pela gestação e parto, impõe-se questionar se é devida a sua manutenção na atualidade, mesmo nos casos de gestação de substituição, transferências embrionárias e fertilização *in vitro* com doação de óvulo, ou seja, nas modalidades de reprodução assistida em que o filho gerado desce, biologicamente, de terceira cedente do óvulo. Como já afirmado em momento anterior, também esta questão não comporta uma resposta definitiva (a

⁴²² GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. **Efeitos civis da reprodução assistida heteróloga de acordo com o novo Código Civil e Estatuto da Criança e do Adolescente**, p. 484.

⁴²³ Os antigos registros históricos da gestação por substituição (contidos na Bíblia, inclusive), relatam sua execução pela via da conjunção carnal entre o marido de uma esposa e a terceira portadora, que gestaria e entregaria o filho àquela, mediante procedimento semelhante ao da adoção. A despeito da discussão acerca da futura entrega do recém-nascido, não ocorre, nestes casos, disparidade entre a ascendência biológica e a maternidade revelada pelo parto, pois não existiam à época, recursos para viabilizar a utilização do óvulo da esposa para conceber o embrião a ser gestado pela terceira.

priori), pois aqui se trata de mais uma forma de choque entre verdades conflitantes – jurídica, biológica e socioafetiva – cuja solução dependerá da eleição do(s) vínculo(s) a prevalecer(em) no caso concreto.

Em sua essência, o conteúdo das presunções de vínculos paternos e maternos é, ao mesmo tempo, biológico e moral. *Biológico* por compreender a probabilidade da manutenção de relações sexuais, pelos cônjuges (ou por aquele com tenha a mãe convivido) à época da concepção do filho, bem como, pela descendência biológica manifestada pelo parto. A probabilidade de ocorrência da relação sexual é compreendida pela presunção de concepção (que se desdobra em presunção de coabitação e de geração), estabelecida pelo Código Civil pelo cômputo do tempo regular da gravidez de forma retroativa ao nascimento, partindo-se da premissa que atrela à relação sexual à convivência (art. 1.598 do Código Civil).⁴²⁴ *Moral* por estar calcado em regras de comportamento eleitas como válidas em determinados contextos sociais, tais como a fidelidade da esposa e a chefia da sociedade conjugal pelo marido (artigos 1.600 e 1.602 do Código Civil), investido do poder de decisão pela iniciativa da investigação da verdade biológica (art. 1.601).

Todavia, apesar do liame biológico – probabilidade da concepção do filho pelo homem e mulher vinculados pelo matrimônio ou pela união estável – que se faz presente, ainda que de modo sutil, na “verdade jurídica” da filiação, a aplicação destas mesmas regras implica, muitas vezes, no total cerceamento da investigação e da afirmação da verdade biológica, sobretudo quando sua obtenção escape às formas típicas de impugnação do vínculo de paternidade.⁴²⁵

⁴²⁴ Conforme ressalta Luís Cotrim Guimarães: “A presunção *pater is est quem nuptiae demonstrant* tem como justificativa fundamental de sua existência não só o dever de fidelidade da mulher casada, mas também a “imposição” legal de manter o relacionamento sexual com o marido – leia-se: dever de coabitação”. (In: Obra citada, p. 71). A propósito, “no sistema brasileiro, imprime-se caráter absoluto, irrefragável, à presunção de concepção” (FACHIN, Luiz Edson. **Estabelecimento da filiação e paternidade presumida**, p. 38).

⁴²⁵ “Emergiu, desse sistema, grave questão com dupla face: de uma parte, mesmo contra o interesse do filho e o interesse da mãe, pode subsistir a paternidade, ainda que manifestamente improvável, particularmente diante da inércia do marido; de outra, diante de tamanha limitação (tanto em relação à legitimação ativa quanto às causas em que se faz possível pedir juridicamente a declaração da não paternidade), um filho determinado pode, nesse sistema, ficar sem ter a declaração de quem seja juridicamente seu pai” (FACHIN, Luiz Edson. *Idem*, p. 33).

O melhor exemplo da prevalência da “verdade” jurídica sobre a biológica é o da irrelevância da confissão da esposa quanto à concepção de filho a partir de relação adulterina (artigos art. 1.600 e 1.602 do Código Civil), situação na qual, em não havendo impugnação por parte do marido – investido na condição de pai pela presunção *pater is est* (art. 1.601) – não se faz possível a imputação do vínculo ao ascendente biológico. Em tais casos:

“A verdade biológica era, portanto, uma verdade proibida. Filho era somente o filho no sentido jurídico. A descendência genética podia (e deveria) coincidir com a concepção do direito; caso contrário, ao banimento do sistema se empurravam os filhos que não se submetiam aos estritos liames da lei”.⁴²⁶

O império da verdade jurídica serve, nestas hipóteses, ao atendimento de interesses atrelados à “defesa” da família, nos moldes estabelecidos pelo legislador (comunidade matrimonial, hierarquizada e patriarcal).⁴²⁷

A crise que se agigantou em torno da presunção de paternidade deriva de sua insuficiência para sustentar seus próprios fundamentos. Por um lado, o desenvolvimento de critérios científicos de diagnóstico tornou superada a certeza da manutenção exclusiva de relações sexuais entre cônjuges (premissa que alicerça as presunções), revelando, com toda a segurança, a verdade sobre os vínculos biológicos estabelecidos em qualquer sorte de procriação, o que, não raramente, pode ir de encontro ao vínculo jurídico. Por outro lado, também o aspecto moral compreendido pela presunção restou abalado pelas modificações operadas nas famílias e na sua apreensão pelo Direito Civil, ora constitucionalizado, que, além de incluir no conceito de família uma pluralidade de entidades humanas (art. 226 da CF), não mais admite a desigualdade entre cônjuges (§5º do mesmo artigo), tampouco a discriminação entre

⁴²⁶ FACHIN, Luiz Edson. **Da paternidade**: relação biológica e afetiva, p. 20.

⁴²⁷ FACHIN, Luiz Edson. **Estabelecimento da filiação e paternidade presumida**, p. 22. Complementa o autor: “*Pelo sistema do Código Civil [de 1916], fora dos estreitos limites estabelecidos (art. 340, incisos I e II), por sobre a verdadeira filiação, do ponto de vista biológico, prevalece a verdade jurídica em homenagem à paz e segurança da instituição familiar, vale dizer, da família tida como legítima porque fundada em relações matrimonializadas*” (In: Idem, p. 53).

filhos a partir de sua origem (art. 227, §6º), elementos estruturantes do modelo patriarcal em se embasa a referida presunção.

A insubsistência de seus fundamentos, causas e efeitos – em especial a autoridade masculina e a desigualdade da filiação – em face da Constituição Federal é suficiente a concluir-se pela inconstitucionalidade da presunção *pater is est*. Pela primeira circunstância (autoridade masculina), a incidência da presunção implica em afirmar-se que sequer a confissão acerca do adultério materno possui o condão de elidir a paternidade que recai sobre o marido (art. 1.600 do Código Civil). Tal disposição é flagrantemente inconstitucional por desarmonia aos princípios humanitários encampados pela constituição, bem como, por violação ao princípio da isonomia (art. 5º e 226, §5º da CF). Além disso, no entender de Maria Berenice Dias, trata-se de norma dispensável frente ao disposto no art. 351 do Código de Processo Civil, que retira o valor probante da confissão em se tratando de direitos indisponíveis.⁴²⁸ Pela segunda circunstância (desigualdade entre filhos), não é demais lembrar que a presunção está intimamente ligada à legitimidade da filiação, na medida em que apenas se aplica à filiação matrimonial.

No mesmo sentido, Belmiro Pedro Welter afirma que a secularização do Estado – com a consequente cisão entre doutrinas jurídicas e dogmas religiosos – ao lado da equalização dos filhos, dos avanços da engenharia genética (que conduziram à prevalência da afirmação da verdade biológica sobre a verdade jurídica), do desenvolvimento da afetividade (que colocou em pé de igualdade as verdades biológica e socioafetiva), a presunção de paternidade (verdade jurídica) é inconstitucional, na medida em que, após 1988, só haveriam subsistido duas espécies de paternidade, passíveis de afirmação: a biológica e a socioafetiva.⁴²⁹

A verdade jurídica encampada pela presunção *pater is est* foi sendo gradualmente relativizada pela jurisprudência do decorrer do século passado, passando-se a admitir o reconhecimento de filho havido por mulher casada, mesmo diante da ausência de contestação do vínculo pelo marido, sobretudo nos casos em que

⁴²⁸ DIAS, Maria Berenice. Obra citada, p. 301.

⁴²⁹ WELTER, Belmiro Pedro. Obra citada, p. 109.

existisse antiga separação de fato, com superveniente concepção do filho no seio de união estável – hipóteses em que o império da presunção impediria o ascendente biológico, companheiro de mulher, de ter reconhecida sua paternidade, pois seu filho teria por pai jurídico o ex-marido da sua companheira, enquanto não houvesse impugnação. A resposta oferecida pelos tribunais, nestes casos, foi a cessação do império da presunção *pater is est* no momento em que reconhecida a paternidade de terceiro.⁴³⁰ Trata-se de solução extralegal (na medida em que o Código Civil de 1916 restringia a desconstituição da presunção à iniciativa privativa do marido da mãe),⁴³¹ mas consentânea à expressão de uma realidade solidificada pela coincidência entre a verdade biológica e a verdade afetiva.

4.1.2. Vínculo biológico: a evolução dos meios de prova

Apesar da notoriedade dos casos de desencontro entre a *verdade jurídica*, calcada nas presunções acima referidas, e a *verdade biológica* – destacando-se que sequer a confissão de adultério *a matre* detém aptidão a elidir a paternidade presumida em favor do homem casado – as circunstâncias fáticas atreladas à busca pela verdade biológica não passavam de meras conjecturas, geralmente baseadas em prova testemunhal e em dados da aparência (especialmente a cor da pele, olhos e cabelos), destituídos de suficiente respaldo científico.

Todavia, no curso do século passado, a humanidade assistiu a uma verdadeira revolução em termos de prova de vínculos de filiação biológica. Os exames que, em um primeiro momento, serviam de fundamento à exclusão da paternidade – com reduzido grau de certeza, pois baseados em probabilidades calculadas sobre o grupo populacional em que a família se inseria – desenvolveram-se a tal ponto que hoje se pode afirmar ou negar a paternidade biológica com probabilidade de acerto superior a

⁴³⁰ Ver, por todos, STF - RE 56892, Relator: Min. Evandro Lins, Primeira Turma, julgado em 18/05/1965, DJ 16-06-1965.

⁴³¹ FACHIN, Luiz Edson. **Estabelecimento da filiação e paternidade presumida**, p. 143. Contudo, adverte o autor: “*esse rompimento não foi expressamente assumido. Isso explica porque se faz ordinariamente nos julgamentos referência à contestação de paternidade como se estivesse seguindo sempre o sistema do Código Civil. Essa referência, contudo, reflete uma obediência apenas aparente, uma elegância iuris*”. (Idem, p. 147).

99,9999% (a ínfima porcentagem remanescente compreende a chance de coincidências e discrepâncias derivadas de anomalias genéticas, ou de erros de diagnóstico).

Os quatro principais métodos para diagnóstico de vínculos de paternidade/maternidade e filiação, entre seres humanos, são:

O *sistema ABO* (inicialmente formulado sobre a existência de três categorias de sangue, compreendidas pelas letras que compõe esta sigla e, posteriormente, pela quarta categoria sanguínea denominada *AB*, de rara ocorrência) foi descoberto no início do século XX pelo cientista austríaco Karl Landsteiner (vencedor do prêmio Nobel em 1930). Seu aspecto mais relevante, desde o seu desenvolvimento, até os dias atuais, é estruturar um sistema de compatibilidades entre doadores e receptores de sangue, evitando hemorragias e severas doenças atreladas à incompatibilidade que, tal como a eritroblastose, podem levar o indivíduo receptor à morte.

Este sistema se presta, ainda à prova da paternidade. Diante da dominância dos genes *A* e *B* e recessividade do gene *O*, aliada ao fato de que o tipo sanguíneo do indivíduo é determinado pela conjunção dos genes de seus ascendentes, é possível, pela técnica, excluir-se a paternidade com uma probabilidade de acerto proporcional à incidência do tipo sanguíneo em questão no grupo populacional dos examinados. Entretanto, o sistema não se presta à afirmação da paternidade, por força da referida dominância e recessividade dos genes, bem como pelo fato de que a tipagem sanguínea é comum entre indivíduos destituídos de parentesco, não trazendo maiores informações acerca da identidade do sujeito, tal como posteriormente viria a ser obtido com o DNA.

O sistema Rh também foi descoberto por Karl Landsteiner (em parceria com A. S. Weiner), em 1940, e tem por fundamento a presença ou ausência do antígeno Rh (também denominado fator Rh), nas membranas celulares dos eritrócitos (glóbulos vermelhos). A sigla Rh advém do termo “Rhesus”, espécie de macacos utilizados nas primeiras experiências do projeto. Este sistema funciona de forma complementar ao ABO na prevenção de incompatibilidades entre doadores e receptores de sangue, pois se descobriu que portadores do Rh negativo que recebem sangue Rh positivo desenvolvem, no primeiro contato, anticorpos “anti-Rh”. Em uma segunda transfusão,

estes antígenos podem atacar e destruir os eritrócitos do sangue recebido (processo denominado hemólise), causando sérias doenças que podem, inclusive, causar a morte do receptor. Outra relevante aplicação do sistema Rh é a prevenção da eritroblastose fetal, que pode afetar um segundo filho de um casal composto por uma mãe portadora do Rh negativo e um pai portador do Rh positivo, nas hipóteses em que, durante o trabalho de parto, uma pequena porção do sangue do feto (Rh positivo, por força da hereditariedade) entre na corrente sanguínea da mãe, que desenvolverá, a partir de então, anticorpos “anti-RH”, que podem prejudicar o feto em gravidezes futuras. A prevenção da doença ocorre mediante vacina contendo imunoglobulina RH, a ser administrada à mãe após a primeira gestação em que ocorra a incompatibilidade.⁴³²

Para a aferição da paternidade, sistema Rh funciona de modo semelhante (e complementar) ao sistema ABO, na medida em que uma pessoa poderá herdar os fatores “++” , “--” “ou “+-”, a depender da conjugação do fator sanguíneo de seus pais. Tal como ocorre com o anterior, este sistema detém aptidão apenas a negar, mas nunca a afirmar a paternidade, pelas mesmas razões.

O *sistema HLA* (“*human leukocyte antigen*”) tem por fundamento a histocompatibilidade humana, aferida a partir dos antígenos encontrados nos leucócitos (células brancas). Sua principal finalidade é a verificação da compatibilidade nos casos de transplantes de órgãos e tecidos, mas o sistema também se aplica no diagnóstico e tratamento de câncer e de algumas doenças autoimunes, como é o caso da diabetes tipo I e lúpus. Uma vez que todas as pessoas produzem anticorpos contra organismos estranhos, e que estes dados de compatibilidade são transmitidos hereditariamente, este sistema possui aptidão, com 98% de precisão, a identificar vínculos de ascendência genética.⁴³³

Por fim, o desenvolvimento sistema DNA (Ácido Desoxirribonucleico, polímero em forma de hélice constituído pelo arranjo de quatro bases nitrogenadas – adenina, guanina, citosina e timina – aliadas a uma pentose de fosfato) foi a revolução científica mais relevante operada o campo da genética e biotecnologia no século

⁴³² Encyclopaedia Britannica Ultimate Reference Suite (CD-ROM). Verbete: “**Rh blood group system**”.

⁴³³ VENCELAU, Rose Melo. Obra citada, p. 79.

passado, imprimindo significativas definições à conclusão das dúvidas atinentes aos vínculos de paternidade biológica.

Seu desenvolvimento encontrou grande expressão pelas pesquisas do geneticista britânico Alec Jeffreys que, em 1984, obteve imagens de sequências de DNA do núcleo de células, a que denominou minissatélites. Jeffreys verificou que cada sequência possui uma combinação única de genes, idêntica em todas as demais células do corpo do portador, mas diferente das sequências genéticas de todos os demais seres humanos (exceto nos casos de gêmeos univitelinos que, por descenderem de uma mesma célula, possuem DNA semelhante). Daí advém a denominação “DNA Fingerprint” (impressão digital de DNA), em alusão à capacidade de o código servir de elemento identificador e diferenciador de cada ser vivo.⁴³⁴

O código DNA não apenas exclui, mas afirma a paternidade com enorme precisão (os índices de acerto são superiores a 99,99% dos casos), posto que, além da função de identificação pessoal, as sequências genéticas contemplam inequívocos traços indicadores da descendência.⁴³⁵ Por ser o zigoto diploide constituído pela conjugação de gametas haploides de origem paterna e materna, seu DNA será formado pela junção destas duas metades, ou seja, pelos dois genomas (conjunto de 23 cromossomos presente em células haploides, como os gametas).

Pelo desenvolvimento da técnica denominada PCR (“polymerase chain reaction”), tornou-se possível o exame do DNA de pequenas amostras de sangue fresco ou dessecado, fragmentos de tecidos, resíduos de sêmen ou raízes de fios de cabelo, inclusive obtidas de indivíduos já falecidos.⁴³⁶ A rigor, qualquer célula nucleada contém o DNA do portador, embora seja recomendável que o exame seja realizado a partir de amostras de sangue, com vistas a evitar a contaminação da amostra por microrganismos ou resíduos de células de outros seres vivos.

⁴³⁴ Encyclopaedia Britannica Ultimate Reference Suite. (CD-ROM). Verbete: “DNA fingerprinting”.

⁴³⁵ VENCELAU, Rose de Melo. Obra citada, p. 82. Esta conclusão foi acolhida pela Lei 8.974/1995, que estabelece:

“**Art. 3o** Para os efeitos desta Lei, considera-se:

II – ácido desoxirribonucléico - ADN, ácido ribonucléico - ARN: material genético que contém informações determinantes dos caracteres hereditários transmissíveis à descendência”

⁴³⁶ RASKIN, Salmo. **A evolução das perícias médicas na investigação de paternidade**, p. 188.

O exame destinado à averiguação da paternidade demanda a coleta de amostras de material genético do filho e do ascendente investigado. O fato de o código genético do filho ser composto pela conjugação entre genes paterno e materno torna recomendável – mas não imprescindível – a participação do outro genitor, com vistas a identificação dos segmentos herdados daquele cujo vínculo já é certo.⁴³⁷ Além disso, o exame de DNA leva em conta a frequência dos padrões de DNA da população onde os examinados se inserem, o que é obtido a partir de amostragem colhida entre indivíduos destituídos de laços de parentesco.

Por excelência, o exame de DNA é a fonte mais segura de aferição da verdade biológica da descendência, pois, *“atualmente, pode-se afirmar que um resultado de exclusão significa 100% de certeza que suposto pai não é o biológico, enquanto um resultado de inclusão varia 99% a 99,99999%, de caso para caso”*.⁴³⁸

Sem embargo, o DNA é, em seu resultado, é praticamente infalível. Nenhum outro método de aferição da descendência conta, na atualidade do desenvolvimento científico, com tamanho grau de precisão. Falível, entretanto, é o seu procedimento, devido a uma série de fatores – coleta inadequada de material para exame, transfusões de sangue ou de medula óssea, contaminação da aparelhagem por células de terceiros, troca de tubos – mas tais circunstâncias são comuns a quaisquer outras fontes de prova, que podem sofrer interferências (humanas ou naturais) suficientes a alterar resultados que, por excelência, deveriam ser os mais seguros.⁴³⁹ Tal como se se opera em relação à impugnação de outros meios de prova, o exame de DNA deve ser acompanhado por assistentes técnicos (artigos 421, §1º, inc. I e 429, ambos do CPC) e eventuais impugnações calcadas em vícios de procedimento devem obedecer às regras de distribuição do ônus de comprovação da falha na produção da prova (artigos 390 e seguintes, e 434, todos do CPC), buscando-se sua eventual repetição ou desconstituição por outros elementos probatórios.

⁴³⁷ ALMEIDA, Maria Christina de. **Dna e Estado de Filiação à luz da Dignidade Humana**, p. 90.

⁴³⁸ VENCELAU, Rose de Melo. Obra citada, p. 89. Conforme esclarece a autora, *“o resultado de inclusão não chega a 100%, não porque haja incerteza quanto ao resultado, mas por uma simples questão matemática decorrente da forma utilizada para o cálculo da probabilidade de paternidade calculada a partir do índice de paternidade (Teorema de Bays)”* (In: Ibidem).

⁴³⁹ WELTER, Belmiro Pedro. Obra citada, p. 114.

Por força do que dispõe o art. 434, do CPC, “quando o exame (...) for de natureza médico-legal [tal como o é o DNA], o perito será escolhido, de preferência, entre os técnicos dos estabelecimentos oficiais especializados”, hipótese em que “o juiz autorizará a remessa dos autos, bem como do material sujeito a exame, ao diretor do estabelecimento”. Com a redação que lhe conferiu a Lei nº. 10.317/2001, a Lei nº 1.060/1950, relativa à Assistência Judiciária, incluiu, no âmbito das isenções de pagamento, as “despesas com a realização do exame de código genético – DNA que for requisitado pela autoridade judiciária nas ações de investigação de paternidade ou maternidade” (3º, inc. VI).

Pelo desenvolvimento de métodos eficazes de aferição da paternidade, operou-se – no decorrer deste processo – uma sorte de culto à verdade biológica: pela segurança e certeza oferecidas pelos métodos de diagnóstico, sobretudo pelo exame de DNA, sua revelação foi investida de elevado grau de confiabilidade, pois refletia o ápice do desenvolvimento científico. Acerca da superação das tradicionais presunções jurídicas de paternidade pelo paradigma que permite revelar, sem sombra de dúvidas, a verdade biológica, Eduardo de Oliveira Leite anota:

“A presunção (...) que não é uma prova, mas um processo lógico, pelo qual a mente atinge uma “verdade legal”, foi vencida, na segunda metade deste século, pela confiabilidade do exame de DNA, que não só revolucionou o mundo da biomedicina, mas, e sobretudo, alterou o quadro estagnado que dominava no engessado ambiente jurídico nacional”.⁴⁴⁰

Na década de noventa, em que o exame de DNA se popularizou no Brasil – o que, inclusive, serviu (e serve até hoje) de enredo a programas televisivos que funcionam como uma espécie de tribunal da paternidade, revelando, “ao vivo”, o resultado de exames de DNA solicitados por pessoas carentes e de pouca instrução, que, logo após descobrirem se o investigado é, ou não, o “pai”⁴⁴¹ de seus filhos,

⁴⁴⁰ LEITE Eduardo de Oliveira. **Exame de DNA, ou, o limite entre o genitor e o pai**, p. 63.

⁴⁴¹ As aspas se justificam porque, geralmente, o investigado é tudo menos o pai do filho em questão. A despeito da ascendência genética, fruto de alguma fortuita relação sexual no passado, o discurso agressivo produzido pelas partes revela, em boa parte dos casos, manifesta discordância com a

partem, invariavelmente, para a sua agressão física e verbal, incentivada por gritos e aplausos da plateia – houve uma correlata expansão no ajuizamento das demandas investigatória e negatória de paternidade perante os Tribunais, tendo, como causa de pedir, a existência ou não da ascendência biológica.

“Essa certeza sobre a origem biológica propiciada pelo exame de DNA trouxe como consequência uma espécie de deslumbramento no mundo jurídico, chegando-se a resumir as questões de filiação na apuração dos laços de sangue. De presunções que se justificavam pela impossibilidade da certeza biológica, passa-se à presunção *pater is est quem sanguis demonstrant*, ou seja, pai é aquele que se demonstrar o vínculo sanguíneo”.⁴⁴²

A dimensão alcançada pela verdade biológica permitiu inclusive, que exame de DNA obtido posteriormente ao trânsito em julgado de sentença proferida em ação de investigação ou de negação de paternidade servisse de suporte de flexibilização da coisa julgada e fundamento ao ajuizamento de ação rescisória.⁴⁴³ A esta altura, as

assunção da paternidade. Compreendida, como será, a paternidade, por um vínculo complexo (biológico, social e afetivo), não se justifica a atribuição de tal condição a quem emprega todos os esforços possíveis a livrar-se da existência do vínculo de filiação.

⁴⁴² VENCELAU, Rose Melo. Obra citada, p. 89. No mesmo sentido: “O DNA foi interpretado como fim de um enigma. O que antes era apenas deduzido por força de lei (presunção *pater is est*), ou por declaração judicial baseada em provas indiciárias (paternidade declarada pelo juiz, fruto de seu estado subjetivo de convicção, uma certeza moral e relativa), passou a ser fundado em um dado objetivo, inspirado na força da perícia genética em DNA, não mais se concebendo o vínculo embasado em ficções jurídicas, mas na realidade” (ALMEIDA, Maria Christina de. Obra citada, p. 177-178).

⁴⁴³ “PROCESSO CIVIL. INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE. REPETIÇÃO DE AÇÃO ANTERIORMENTE AJUIZADA, QUE TEVE SEU PEDIDO JULGADO IMPROCEDENTE POR FALTA DE PROVAS. COISA JULGADA. MITIGAÇÃO. DOUTRINA. PRECEDENTES. DIREITO DE FAMÍLIA. EVOLUÇÃO. RECURSO ACOLHIDO. I – Não excluía expressamente a paternidade do investigado na primitiva ação de investigação de paternidade, diante da precariedade da prova e da ausência de indícios suficientes a caracterizar tanto a paternidade como a sua negativa, e considerando que, quando do ajuizamento da primeira ação, o exame pelo DNA ainda não era disponível e nem havia notoriedade a seu respeito, admite-se o ajuizamento de ação investigatória, ainda que tenha sido aforada uma anterior com sentença julgando improcedente o pedido. II – Nos termos da orientação da Turma, “sempre recomendável a realização de perícia para investigação genética (HLA e DNA), porque permite ao julgador um juízo de fortíssima probabilidade, senão de certeza” na composição do conflito. Ademais, o progresso da ciência jurídica, em matéria de prova, está na substituição da verdade ficta pela verdade real. III – A coisa julgada, em se tratando de ações de estado, como no caso de investigação de paternidade, deve ser interpretada *modus in rebus*. Nas palavras de respeitável e avançada doutrina, quando estudiosos hoje se aprofundam no reestudo do

Cortes insistiram na afirmação do vínculo biológico como um dado da realidade que não se podia negar, sequer pelo império da coisa julgada, sob pena de se sacrificar os interesses sociais. Em voto proferido em sede de Recurso Especial, o Ministro Ruy Rosado de Aguiar afirmara que *“a regra da coisa julgada válida para o tempo em que não se conhecia prova segura da filiação, e por isso dependente de ficções, não pode ser mantida contra a evidência da verdade que se extrai do exame de DNA, pois a ninguém interessa – nem aos filhos, nem aos pais, nem à sociedade – que o registro seja a negação da realidade”*.⁴⁴⁴

As premissas então firmadas em torno da verdade biológica padecem da observância de um importante detalhe. O exame de DNA resolve tão-somente uma parcela da relação familiar: o vínculo biológico de filiação. Daí porque não há como se sustentar, tal como consta do acórdão supracitado, que a ninguém *“nem aos filhos, nem aos pais, nem à sociedade”* interessa a negação de vínculos biológicos. Isto porque – à luz da racionalidade constitucionalmente vigente, que contempla a dignidade humana conjugada pela solidariedade familiar e social – deve-se também levar em consideração a filiação calcada em vínculos socioafetivos de parentesco, cuja prevalência, no presente caso, poderia interessar mais aos envolvidos.

A despeito da possibilidade de se responsabilizar patrimonialmente o ascendente genético do filho, pela procriação – elegendo-se, desta forma, o vínculo biológico como suporte da paternidade jurídica, no caso concreto – é certo que não se pode assegurar que desse vínculo surja afeto entre ambos, sobretudo se a paternidade é manifestamente indesejada pelo genitor.

Não obstante, não há razões seguras à conclusão de que a afirmação da verdade biológica condiz com o melhor interesse da criança, parâmetro dotado de igual relevância constitucional (art. 227 da CF). Conforme pondera Rose Melo Vencelau,

instituto, na busca sobretudo da realização do processo justo, “a coisa julgada existe como criação necessária à segurança prática das relações jurídicas e as dificuldades que se opõem à sua ruptura se explicam pela mesmíssima razão. Não se pode olvidar, todavia, que numa sociedade de homens livres, a Justiça tem de estar acima da segurança, porque sem Justiça não há liberdade”. IV – Este Tribunal tem buscado, em sua jurisprudência, firmar posições que atendam aos fins sociais do processo e às exigências do bem comum”. (STJ – Resp 226436/PR, Rel. Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira, Quarta Turma, julgado em 28/06/2001, DJ 04/02/2002, p. 370)”

⁴⁴⁴ REsp 196966/DF, Rel. Ministro Ruy Rosado de Aguiar, Quarta Turma, julgado em 07/12/1999, DJ 28/02/2000, p. 88.

*“quem pode dizer o que é melhor para si mesmo? Se se trata do status de filiação, é o próprio filho que pode dizer qual a sua verdade, dito de outra forma, aquilo que melhor satisfaz o seu interesse”.*⁴⁴⁵

Da conjugação entre a franca evolução dos métodos de averiguação da verdade biológica e a busca pela delimitação da verdade jurídica, a jurisprudência desenvolveu a presunção de paternidade decorrente da recusa do demandado a submeter-se a exame de DNA requerido como meio de prova de vínculos de ascendência, o que, em um segundo momento, recebeu amparo legislativo.

Inicialmente, cumpre observar que, por se tratar de ação de estado, não se aplicam os efeitos da revelia (art. 320, inc. II do Código de Processo Civil) à omissão do réu em responder à citação de demanda investigatória ou negatória de paternidade. Vale dizer, não se presumem verdadeiros os fatos alegados pelo autor (afirmação ou negação da paternidade) simplesmente pela omissão do demandado em oferecer resposta à interpelação judicial. Contudo, a despeito da oferta, ou não, de resposta à demanda investigatória de paternidade, outra questão de grande relevância se impõe: poderia ser o réu compelido submeter-se a exame de DNA postulado pelo autor como suporte à comprovação dos fatos constitutivos de seu direito (existência de vínculo de paternidade)?

Diante deste choque de direitos fundamentais dos envolvidos, o Supremo Tribunal Federal perfilhou entendimento (concluído por maioria de votos) em sentido negativo, conferindo relevância ao direito à intangibilidade corpórea e à impossibilidade de se impor, ao réu, a produção de prova contra si próprio, em processo judicial. Acompanhe-se:

“INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE - EXAME DNA – CONDUÇÃO DO RÉU "DEBAIXO DE VARA". Discrepa, a mais não poder, de garantias constitucionais implícitas e explícitas - preservação da dignidade humana, da intimidade, da intangibilidade do corpo humano, do império da lei e da inexecução específica e direta de obrigação de fazer - provimento judicial que, em ação civil de investigação de paternidade, implique determinação no sentido de o

⁴⁴⁵ VENCELAU, Rose Melo. Obra citada. p. 132.

réu ser conduzido ao laboratório, "debaixo de vara", para coleta do material indispensável à feitura do exame DNA. A recusa resolve-se no plano jurídico-instrumental, consideradas a dogmática, a doutrina e a jurisprudência, no que voltadas ao deslinde das questões ligadas à prova dos fatos".⁴⁴⁶

Contudo, a questão tornou-se recorrente, sobretudo em processos de investigação de paternidade, em que os réus encontraram na recusa ao exame DNA – prova de maior confiabilidade na aferição de vínculos de descendência – uma espécie de estratégia de defesa processual, o que levou o Superior Tribunal de Justiça a sumular o entendimento de que, apesar de não se poder compelir o réu ao exame, “*em ação investigatória, a recusa do suposto pai a submeter-se ao exame de DNA induz presunção juris tantum de paternidade*” (súmula nº 301), o que gerou grande divisão de opiniões, entre os estudiosos.

Para a corrente teórica a que se filia Paulo Lôbo, o conteúdo da súmula viola princípios fundamentais do Direito, pois obriga (ainda que não expressamente), o réu a produzir prova contra si mesmo – já que a “sanção” pela recusa (presunção da paternidade) acaba pressionando-o a se submeter ao exame – em franca contradição ao entendimento já esposado pelo Supremo Tribunal Federal, conforme acórdão supra referido. Segundo afirma, ocorre a desnecessária criação de mais uma presunção (adjetivada “*de confissão ficta ou da paternidade não provada*”), bem como, uma confusão entre paternidade e ascendência genética, cuja distinção já se encontra definida no Direito de Família contemporâneo, que endossa a prevalência da socioafetividade sobre a verdade biológica.⁴⁴⁷ Apesar de discordar do seu conteúdo, este autor conclui que, caso mantida, sua vigência deve se pautar por limites precisos: de modo algum deve incidir a Súmula nas demandas impugnatória e negatória de paternidade, tampouco poderá subsistir a presunção nos casos em que o filho já desfrute de estados de paternidade socioafetiva albergados pelo Direito, tal como

⁴⁴⁶ HC 71373, Relator(a): Min. Francisco Rezek, Relator(a) p/ Acórdão: Min. Marco Aurélio, Tribunal Pleno, julgado em 10/11/1994, DJ 22-11-1996 PP-45686.

⁴⁴⁷ “*Sob a sedução do progresso científico e da grande precisão do exame de DNA, parte-se da premissa falsa que contamina todo resultado e leva a decisões injustas, a saber, a de que toda paternidade seria biológica e esta seria a verdade real*” (LÔBO, Paulo. **Paternidade Socioafetiva e o Retrocesso da Súmula nº 301/STJ**, p. 804).

ocorre na adoção, inseminação artificial heteróloga e posse de estado de filiação. Com efeito, “a investigação ou reconhecimento judicial da paternidade tem por objetivo assegurar pai a quem não o tem, ou seja, na hipótese de genitor biológico que se negou a assumir a paternidade”, porquanto “é totalmente incabível para constituir paternidade desconstituindo a existente”.⁴⁴⁸

Os argumentos mais recorrentes utilizados por esta corrente teórica para sustentar a impossibilidade de coerção do litigante ao fornecimento de material genético para exame versam sobre seu direito à intangibilidade física e ao princípio da ampla defesa, conjugado com a ausência de previsão legal dispondo sobre a obrigação do réu quanto à produção de prova que poderá resultar em seu desfavor, no processo. Segundo Reinaldo Pereira e Silva, não procede o argumento que considera a recusa uma agressão a interesse socialmente relevante, até porque esta conduta acaba prejudicando a defesa do próprio sujeito, que terá de se valer de provas menos robustas para desconstituir o direito invocado pelo autor. Não obstante, impor ao sujeito processual que produza prova contra si é, segundo este autor, um grave atentado contra os direitos fundamentais do homem (em cujo rol se localiza a intangibilidade física) e a democracia.⁴⁴⁹

A segunda vertente de pensamento, erigida na possibilidade da condução forçada do sujeito ao exame, constrói sua tese a partir da refutação dos argumentos invocados pela primeira corrente, sobretudo no que se refere aos direitos cuja prevalência se sustentou: intangibilidade do corpo e inexistência de dever legal ou processual de se produzir prova contra si próprio.

O primeiro – relativo à indisponibilidade e intangibilidade do corpo, suporte à recusa de fornecimento de amostras de sangue e de tecidos, mediante coleta por procedimentos clínicos – deve, segundo estes autores, ser repensado à luz dos avanços

⁴⁴⁸ LÔBO, Paulo. Idem, p. 805. Acrescenta o autor: “Não há, pois, fundamento legal para a espantosa disseminação de ações negatórias de paternidade, com o intuito de substituí-la por suposta paternidade genética” (In: Ibidem).

⁴⁴⁹ Nestes termos, conclui o autor: “Entre as duas posições, em que pesem as prerrogativas que se deve assegurar ao efetivo implemento do direito ao conhecimento da ascendência biológica, não parece que sujeitar o suposto pai ao exame de DNA contra a sua vontade seja a melhor alternativa, devendo, como mal menor, prevalecer a resolução judicial amparada nos demais meios de prova” (In: **Acertos e desacertos em torno da verdade biológica**, p. 257).

da Medicina e Biotecnologia que, permitiram a realização do exame a partir de amostras de fios de cabelo ou resíduos de fluídos corporais do portador (saliva, suor, sêmen), cuja coleta não demanda qualquer violação corpórea (introdução de agulha, cateter ou raspagem de tecidos).⁴⁵⁰ Nas palavras do Ministro Francisco Rezek, vencido no julgamento do STF, supra referido:

“Vale destacar que o direito ao próprio corpo não é absoluto ou ilimitado. Por vezes, a incolumidade corporal deve ceder espaço a um interesse preponderante, como no caso da vacinação, em nome da saúde pública. Na disciplina civil da família o corpo é, por vezes, objeto de direitos. Estou em que o princípio da intangibilidade do corpo humano, que protege um interesse privado, deve dar lugar ao direito à identidade, que salvaguarda, em última análise, um interesse também público”.

“O sacrifício imposto à integridade física do paciente é risível quando confrontado com o interesse do investigante, bem assim com a certeza de que a prova pericial pode proporcionar à decisão do magistrado”.⁴⁵¹

Posição semelhante é adotada pelo ordenamento suíço, que sanciona a recusa com pena de multa ou insubordinação (a depender do cantão onde se localiza o tribunal competente). Assim, apesar da impossibilidade de condução forçada do sujeito ao exame, a sanção é uma espécie de responsabilização do sujeito processual pela frustração da prova pretendida pela parte adversa. Na Itália, França e Espanha, a

⁴⁵⁰ Ciente destas possibilidades, parte da doutrina proclama que o Código Civil deveria admitir a obrigatoriedade da realização do exame de DNA sobre tecidos que não demandem violação à intangibilidade física, tal o fio de cabelo. (NICOLAU JR., Mauro. **Paternidade e Coisa Julgada: Limites e Possibilidades à Luz dos Direitos Fundamentais e dos Princípios Constitucionais**, p. 128). No mesmo sentido: MORAES, Maria Celina Bodin de. **Recusa à realização do exame de DNA na investigação de paternidade e direitos da personalidade**, p. 189.

⁴⁵¹ HC 71373, Relator(a): Min. Francisco Rezek, Relator(a) p/ Acórdão: Min. Marco Aurélio, Tribunal Pleno, julgado em 10/11/1994, DJ 22-11-1996 PP-45686. A tese esposada pelo ministro confirma entendimento assente na jurisprudência da Corte Constitucional Alemã, para a qual, a partir do reconhecimento do direito à identidade genética como integrante do rol dos direitos da personalidade “*não se consubstancia em uma agressão à pessoa do suposto pai a coleta de uma pequena amostra de sangue*” (ALMEIDA, Maria Christina de. Obra citada, p. 147).

No mesmo sentido: “*uma coisa é proteger a integridade física e a liberdade, outra é proteger processualmente uma conduta que, muitas vezes, é tomada por mero capricho. Uma postura restritiva como esta não se conformaria aos ditames constitucionais, a partir de seu novo enfoque de ampla proteção ao direito dos filhos*” (SOUZA, Vanessa Ribeiro Correa Sampaio. **Reconstruindo a Paternidade: a Recusa do Filho ao Exame de DNA**, p. 121).

recusa em se submeter ao exame induz é enfrentada como mero indício de paternidade a ser apreciado pelo magistrado, que há de formar seu livre convencimento a partir da conjugação da recusa com o restante do conjunto probatório. No direito inglês, a recusa configura confissão ficta, a partir da premissa de que a parte que não teme o resultado não tem motivos a se escusar a fornecer material a exame.⁴⁵²

Este entendimento foi acompanhado por Maria Celina Bodin de Moraes, para quem a integridade física – que, aliás, não sofre grande atentado pela coleta de material para exame, especialmente em se tratando de fios de cabelo, saliva ou resíduos corporais – e a intangibilidade do corpo são interesses privados que não prevalecem diante do confronto com o direito à identidade, intimamente conexo ao direito ao estado pessoal e familiar, que se revestem de interesse público.⁴⁵³ Segundo a autora, por não haver justificativa para tanto, a recusa à participação no exame de DNA deve ser interpretada como abuso do direito à integridade física, caracterizado pelo seu exercício em desarmonia a interesses socialmente relevantes que, em última análise, constituem a própria razão de ser de sua tutela legislativa.⁴⁵⁴

O segundo argumento, relativo ao princípio da legalidade, diante da inexistência de qualquer previsão legal para a condução do réu, “*debaixo da vara*” para realização do exame, também foi enfrentado pelo Ministro Francisco Rezek, para quem a questão se resolve pela aplicação do art. 27 do Estatuto da Criança e do Adolescente e dos artigos 130, 132 e 339 do Código de Processo Civil. A conjugação dos referidos

⁴⁵² ALMEIDA, Maria Christina de. Obra citada, p. 148-150.

⁴⁵³ MORAES, Maria Celina Bodin de. Obra citada, p. 189-190. No mesmo sentido: ALMEIDA, Maria Christina de. Obra citada, p. 138.

Da jurisprudência gaúcha, colhe-se: “*INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE. NEGATIVA DE SUBMETER-SE A PERICIA. HOJE, PELOS MODERNOS MÉTODOS DE INVESTIGAÇÃO, COM BASE NO ESTUDO DOS CROMOSSOMOS, NÃO É MAIS POSSÍVEL A NEGATIVA DE ALGUÉM, ACUSADO DE SER SUPOSTO PAI, SUBMETER-SE A PERICIA DO DNA, SOB A ALEGAÇÃO DE VIOLAÇÃO DE SUA INTEGRIDADE FÍSICA; PREVALECE O DEVER DE COLABORAR COM A JUSTIÇA, NO ESCLARECIMENTO DA VERDADE, AINDA MAIS QUE AO MENOR ASSISTE O DIREITO DE SABER QUEM É SEU PAI*”. (TJRS - Apelação Cível Nº 594101032, Oitava Câmara Cível, Relator: Antônio Carlos Stangler Pereira, Julgado em 27/10/1994). Este entendimento é corroborado por Belmiro Pedro Welter (In: Obra citada, p. 121).

⁴⁵⁴ MORAES, Maria Celina Bodin de. Obra citada, p. 193. Segundo a autora, “*O abuso ocorre, pois, especialmente, quando o exercício do direito anti-social, compromete o gozo dos direitos de terceiros, gerando objetiva desproporção, do ponto de vista valorativo, entre a utilidade do exercício do direito por parte de seu titular e as consequências que outros têm que suportar*”. (In: Ibidem).

dispositivos legais – o primeiro vedando restrições ao reconhecimento do estado de filiação e os demais disciplinando o poder instrutório (iniciativa probatória) do juiz e o dever processual dos litigantes em cooperarem com a instrução do feito – fornecem suficiente respaldo legal à imposição coercitiva do exame, segundo o ministro.⁴⁵⁵

Entretanto, estes argumentos (de notável relevância, registre-se) não prevaleceram em sede jurisprudencial, que se orientou pela impossibilidade da condução forçada do demandado à realização do exame. Não obstante, desenvolveram-se variadas correntes interpretativas a respeito da recusa do réu em participar desta atividade probante.

Percebeu-se que, apesar do caráter *iuris tantum* atribuído a esta presunção, sua aplicação isolada poderia gerar situações de injustificada imputação de vínculos jurídicos de paternidade àqueles que não conseguissem reunir elementos probatórios suficientes a elidi-la. Após grande debate doutrinário e jurisprudencial, a questão veio a ser dirimida pela Lei nº. 12.004/2009, que acrescentou o seguinte dispositivo à Lei nº 8.560/1990:

“Art. 2o-A. Na ação de investigação de paternidade, todos os meios legais, bem como os moralmente legítimos, serão hábeis para provar a verdade dos fatos.

Parágrafo único. A recusa do réu em se submeter ao exame de código genético - DNA gerará a presunção da paternidade, a ser apreciada em conjunto com o contexto probatório”.

O teor deste dispositivo reafirma o caráter relativo da presunção de paternidade (já exaustivamente defendido pela doutrina e jurisprudência predominantes), impondo que sua incidência seja necessariamente sopesada pelo conjunto probatório constante nos autos. Deste modo, em não havendo qualquer prova ou indício que corrobore com a existência da paternidade, a presunção, isoladamente considerada, não deterá aptidão para justificar a procedência da demanda investigatória.⁴⁵⁶ Sua eficácia positiva opera-

⁴⁵⁵ HC 71373, Relator(a): Min. Francisco Rezek, Relator(a) p/ Acórdão: Min. Marco Aurélio, Tribunal Pleno, julgado em 10/11/1994, DJ 22-11-1996 PP-45686.

⁴⁵⁶ Este, aliás, já vinha sendo entendimento predominante no Superior Tribunal de Justiça. Acompanhe-se: “Direito de família e processual civil. Recurso especial. Investigação de paternidade. Exame de DNA. Ausência injustificada do réu. Presunção de paternidade. Falta de provas indiciárias. - O não comparecimento, injustificado, do réu para realizar o exame de DNA equipara-se à recusa. -

se, assim, apenas nos casos em que seu teor seja confirmado por demais elementos probatórios ou indícios idôneos a afirmar a paternidade daquele que se recusa ao exame.

Questão não menos complexa é a da recusa do filho ao fornecimento de material genético para exame, o que ganha contornos peculiares em se tratando de menor de idade. Nesta situação, deve-se ter em consideração que, de fato, pode ser de interesse do filho a recusa ao exame, sobretudo nos casos em que ele já goze de posse de estado de filiação, vinculada ao próprio autor (no caso da negatória) ou a terceiro (no caso da investigatória). Sua discordância com a pretensão deduzida na demanda pode, de modo ainda mais relevante do que o verificado na hipótese anterior (em que o réu que se nega ao exame é o suposto pai), justificar sua abstenção.

A análise dos efeitos da recusa do filho em se submeter ao exame foi realizada por Vanessa Ribeiro Correa Sampaio Souza – para quem “*deve ser proscriita de nosso ordenamento qualquer possibilidade de coagir-se judicialmente o filho faltoso ao exame, porquanto os seus interesses, e, in casu, o cumprimento de seu direito de resguardo à integridade física devem ser incondicionalmente respeitados*”⁴⁵⁷ – a partir da distinção entre os casos em que se busca afirmar paternidade biológica até então inexistente (ou seja, naquelas hipóteses em que o filho não desfrutava de estado de filiação, com o autor ou com terceiro) e os casos em que se pretende desconstituir paternidade socioafetiva (calcada na posse de estado de filiação) já existente entre filho e autor ou terceiro, pela declaração de vínculos biológicos em descompasso com os socioafetivos.

Apesar da Súmula 301/STJ ter feito referência à presunção juris tantum de paternidade na hipótese de recusa do investigado em se submeter ao exame de DNA, os precedentes jurisprudenciais que sustentaram o entendimento sumulado definem que esta circunstância não desonera o autor de comprovar, minimamente, por meio de provas indiciárias a existência de relacionamento íntimo entre a mãe e o suposto pai. Recurso especial conhecido e provido”. (REsp 692242/MG, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 28/06/2005, DJ 12/09/2005, p. 327)

⁴⁵⁷ SOUZA, Vanessa Ribeiro Correa Sampaio. Obra citada, p. 176. Em sentido diverso, Fernando Simas Filho sustenta ser legítimo, aos pais, obrigar seus filhos a se submeterem o exame, pois tal prerrogativa é inerente ao pátrio poder. Assim, na hipótese de negatória de paternidade ajuizada pelo ex-marido de um casal já divorciado, é admissível a submissão autoritária do filho a exame, na medida em que, neste estágio processual (anterior à sentença), ainda subsiste o pátrio poder de ambos os ex-cônjuges. (In: **Investigação de paternidade: peculiaridades, panorama atual, futuro**, p. 464).

No primeiro caso, em se tratando de menor, bastaria o reconhecimento voluntário pelo suposto pai, na forma do art. 1.609 do Código Civil, ressalvada a possibilidade de futura impugnação, nos quatro anos subsequentes à maioridade (art. 1.614 do Código Civil).

A situação se torna mais complexa quando se pretende reconhecer, mediante prova de vínculo biológico, o filho que já tenha atingido a maioridade, por força da exigência do consentimento do perfilhado (art. 1.614). Neste caso, diante da inexistência de consentimento, a via judicial é a única forma de se declarar o vínculo biológico entre autor e réu (tutelando-se desta forma, o direito do primeiro à constituição de família), o que há de ser levado a efeito mediante robusta instrução probatória que, a despeito da discordância do réu e da inadmissibilidade de sua coerção ao fornecimento de material para exame, confirme a procedência do alegado vínculo biológico.⁴⁵⁸ Há que se questionar, entretanto, se a mera declaração do vínculo biológico é suficiente à imposição da paternidade àquele que não consentiu. A resposta negativa é a que se impõe, inclusive por força do art. 1.614, do CC, restringindo-se a sentença a simplesmente declarar a ascendência genética (eficácia declaratória), sem constituição de vínculos jurídicos de paternidade.

Na segunda hipótese – aquela em que o autor busca constituir paternidade biológica sobre filho que já fora registrado por terceiro, ou que com ele já desfrute de vínculos socioafetivos (posse de estado) – em se tratando de menor impúbere, segundo a autora, deve ser constituído curador especial para se evitar a parcialidade na decisão materna, que pode inviabilizar a constituição da paternidade. Nos outros casos, envolvendo maiores de idade, ou, ainda, menores com discernimento suficiente à compreensão da lide (o que pode ser delimitado a partir de aplicação analógica do art. 45, §2º do ECA) , sua recusa à submissão ao exame deve prevalecer.

De todo modo, pela prevalência axiológica desfrutada pelos vínculos socioafetivos – inclusive para fins de estabelecimento de vínculos jurídicos de paternidade – a existência de posse de estado de filho deve prevalecer sobre a eventual

⁴⁵⁸ “Se o pai não lograr êxito na tentativa amistosa de reconhecimento de paternidade, deferida estará a possibilidade de utilizar a via judicial; no entanto, poderá o filho se recusar à realização do exame pericial de DNA” (SOUZA, Vanessa Ribeiro Correa Sampaio. Obra citada, p. 138).

comprovação posterior da ascendência biológica. Daí porque, ao autor, incumbiria não apenas a prova acerca da ascendência biológica mas, igualmente, da inexistência de vínculos de paternidade socioafetiva havidos entre o demandado e terceiro.⁴⁵⁹ Em restando demonstrada a existência da paternidade socioafetiva mantida com terceiro, *“ao pai biológico, de outra parte, será deferida a declaração do liame genético existente, de forma que possa determinar e conhecer a sua descendência, não sendo criada, contudo, nenhuma relação de parentesco, vez que a posição de pai já se encontrava preenchida, impondo-se o seu respeito”*.⁴⁶⁰

Por fim, há que se refletir acerca dos efeitos da recusa do filho à submissão ao exame nas demandas negatórias de paternidade, ajuizadas por aquele que o registrou ou que o criou como filho, figurando como seu verdadeiro “pai”, até descobrir (ou decidir afirmar) que não é o seu ascendente biológico. Nestes casos, a recusa do filho ao exame constitui instrumento legítimo da defesa do estado de filiação que se pretende desconstituir pela negatória, não havendo suporte jurídico à condução forçada. Apesar da possibilidade de interpretação desta recusa em desfavor do filho (em analogia ao que ocorre em relação ao pai), deve-se levar em conta o seu melhor interesse, bem como a sua vontade de *“continuar sendo filho de quem sempre fora, mantendo, portanto, a sua identidade e a sua história”*.⁴⁶¹

⁴⁵⁹ SOUZA, Vanessa Ribeiro Correa Sampaio. Obra citada, p. 147-148. Desta forma, *“a paternidade anterior só deve realmente perder os seus efeitos diante de uma consistente demonstração do vínculo biológico, e da inexistência de comprovada paternidade afetiva entre o filho e aquele que formalmente assumiu a posição de pai”* (In: Idem, p. 148), na justa medida em que *“atende aos interesses do pai e do filho a fixação do parentesco diante da recusa deste último, porquanto se vislumbra o direito recíproco ao estabelecimento da paternidade, em benefício dos interessados e até mesmo, da própria sociedade”* (In: Idem, p. 167).

⁴⁶⁰ SOUZA, Vanessa Ribeiro Correa Sampaio. Obra citada, p. 154.

⁴⁶¹ SOUZA, Vanessa Ribeiro Correa Sampaio. Idem, p. 167. No mesmo sentido: WELTER, Belmiro Pedro. Obra citada, p. 178-179.

Em sentido contrário, o Superior Tribunal de Justiça, decidindo caso de negatória de paternidade ajuizada pelos irmãos em face de filho reconhecido por falecido (pretensão de cunho eminentemente patrimonial), interpretou a recusa daquele em seu desfavor. Veja-se: *“CIVIL E PROCESSUAL CIVIL – AÇÃO NEGATÓRIA DE PATERNIDADE – PRELIMINARES DE ILEGITIMIDADE PASSIVA E COISA JULGADA APRECIADAS EM AGRAVO DE INSTRUMENTO TRANSITADO EM JULGADO – RECUSA DO RÉU EM SUBMETTER-SE AO EXAME DE DNA – PRESUNÇÃO DE VERACIDADE DOS FATOS ALEGADOS NA INICIAL - RECURSO ESPECIAL – AUSÊNCIA DE IMPUGNAÇÃO – FUNDAMENTO SUFICIENTE – SÚMULA 283/STF. I – Improperável o recurso especial, se o recorrente deixa de impugnar fundamento suficiente à manutenção do acórdão recorrido. Aplicação do enunciado n.º 283 da Súmula do Supremo Tribunal Federal. II - Segundo a jurisprudência desta*

Como visto, o império da verdade jurídica vigente ao longo de séculos de história jurídica foi sensivelmente abalado pela introdução de meios de diagnóstico preciso da verdade biológica (ascendência genética), o que inspirou o surgimento de uma verdadeira crença na segurança ostentada pelos seus resultados. Declaram-se vínculos até desconhecidos, desconstituíram-se outros bem conhecidos, relativizou-se a coisa julgada e firmaram-se presunções destinadas a compelir os litigantes à colaboração com os exames judiciais. Tudo em nome da verdade biológica.

Todavia, a experiência logo revelou a insuficiência deste critério para o esclarecimento de todos os vínculos familiares. Conforme bem esclarece José de Oliveira Ascensão, “*a derivação biológica é necessária, mas não suficiente*”, na medida em que ela “*nunca caracteriza, por si só, um vínculo de filiação*”.⁴⁶²

Ao debate travado entre a verdade jurídica e a verdade biológica, acrescenta-se mais um elemento: a “verdade socioafetiva”.

4.1.3. Vínculo socioafetivo: a posse de estado de filho

Paradoxalmente, a valorização da filiação socioafetiva despertou ao mesmo tempo em que se desenvolveram os exames capazes de oferecer definições seguras acerca da ascendência biológica, que, por seu caráter inovador, conduziram muitos a buscar, no laboratório, o fundamento dos vínculos paterno-materno-filiais. Esta pretensão restou prontamente frustrada pela práxis social, que logo se deu conta de que a descoberta da ascendência genética detém eficácia praticamente insignificante,⁴⁶³

Corte, a recusa da parte em submeter-se ao exame de DNA constitui presunção desfavorável contra quem o resultado, em tese, beneficiaria. Recurso especial não conhecido”. (REsp 460302/PR, Rel. Ministro Castro Filho, Terceira Turma, julgado em 28/10/2003, DJ 17/11/2003, p. 320).

⁴⁶² ASCENÇÃO, José de Oliveira. Obra citada, p. 79. Conforme adverte Jacqueline Filgueras Nogueira, “*Os próprios pais biológicos podem ser os que atendam as necessidades psicológicas, mas, quando estes são ausentes e não estabelecem vínculo com a criança, são para os sentimentos dela, simplesmente estranhos*”. **A filiação que se constrói: o reconhecimento do afeto como valor jurídico**, p. 84.

⁴⁶³ Nas palavras de Sérgio Gishcow Pereira: “*a paternidade é conceito não genético ou biológico, mas psicológico, moral e sócio-cultural. Em grande número de ocasiões o vínculo biológico não transcende a ele mesmo e revela-se completo e patológico o fracasso da relação de paternidade sob o prisma humano, social e ético. Em contrapartida, múltiplas situações de ausência de ligação biológica geram e mostram relação afetiva, em nível de paternidade, saudável, produtiva, responsável. E os milhões de casos de paternidade biológica não desejada? Por outro lado, a paternidade oriunda da*

seja na constituição de laços socioafetivos de paternidade e filiação até então inexistentes, seja na desconstituição de vínculos já construídos pelo amor e afeto verdadeiros, sedimentados pela convivência familiar e contemplados pela posse do estado de filiação. Nas palavras de Paulo Lôbo: “*a complexidade da vida familiar é insuscetível de ser apreendida em um exame laboratorial, porque nem sempre a origem genética é suficiente para fixar o estado de filiação de alguém. Pai, com a todas as dimensões sociais, afetivas e jurídicas que o envolvem, não se confunde com genitor biológico*”.⁴⁶⁴

O mesmo ocorre quanto a descoberta da ascendência genética é endossada por sentença judicial constitutiva ou desconstitutiva da paternidade jurídica. Trata-se, segundo de Eduardo de Oliveira Leite, de um “*tocante reducionismo*”, pois a sentença detém apenas eficácia patrimonial – em geral, trata-se de responsabilização do genitor pelo pagamento de alimentos e salvaguarda de direitos hereditários – de nada servindo para a constituição de laços afetivos, que, por sua própria natureza, dependem da vontade dos envolvidos. Nem sempre a imposição judicial de um vínculo de paternidade calcado na mera ascendência genética encontra harmonia com o melhor interesse da criança, sobretudo quando o suposto pai resiste, até o último momento do processo, ao julgamento de procedência da demanda investigatória. A partir daí, conclui o autor que: “*a imposição de uma paternidade indesejada pode até criar obrigações de ordem pessoal (dar o nome) ou material (pagar alimentos), mas o fundamental, que continua sendo a relação paterno-filial, a afetividade do pós-sentença, não existe, enquanto imposta, enquanto contrária à natureza humana*”.⁴⁶⁵

A filiação socioafetiva é um dado que não se poder negar. A práxis humana revelou uma infinidade de casos em que os vínculos biológicos e jurídicos não recaem

adoção é plenamente consciente e desejada”. (In: **Algumas considerações sobre a nova adoção**, p. 65).

⁴⁶⁴ LÔBO, Paulo. **Socioafetividade no Direito de Família: a Persistente Trajetória de um Conceito Fundamental**, p. 6. Complementa o autor: “*a filiação não é um determinismo biológico, ainda que a natureza humana nos impila à procriação, mas uma construção cultural, afetiva e permanente, que se faz na convivência e na responsabilidade*” (In: Idem, p.7).

⁴⁶⁵ LEITE Eduardo de Oliveira. **Exame de DNA, ou, o limite entre o genitor e o pai**, p. 81.

sobre aquele que, desde a concepção, atua como o pai, pelo exercício responsável⁴⁶⁶ das atribuições inerentes a tal condição (oferta de cuidados, alimentação, educação, carinho, atenção, brincadeiras), em uma atmosfera de amor e afeto, com ampla notoriedade social. Por outro lado, a realidade também demonstra que nem sempre aquele sobre quem recaem as verdades biológica e afetiva aceita a condição da paternidade (o que é evidenciado pela resistência, muitas vezes heroica, à investigação de paternidade), fato que prejudica, sensivelmente, o estreitamento de vínculos com o filho. Não raramente, o resultado deste segundo quadro é o desfrute deficitário da condição de filho, restrito à percepção de alimentos e de direitos sucessórios. Todavia, sob o crivo da vigente axiologia constitucional, que privilegia a solidariedade familiar e a afetividade, igualando os filhos de qualquer origem e imprimindo prevalência a seus direitos e melhor interesse, é inegável que:

“a paternidade é muito mais que o provimento de alimentos ou a causa de partilha de bens hereditários. Envolve a constituição de valores e da singularidade da pessoa e de sua dignidade humana, adquiridos principalmente na convivência familiar durante a infância e a adolescência. A paternidade é múnus, direito-dever, construída na relação afetiva e que assume os deveres de realização dos direitos fundamentais da pessoa em formação “à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar” (art. 227 da Constituição). É pai quem assumiu esses deveres, ainda que não seja o genitor”.⁴⁶⁷

Por consequência, *“ampliou-se o conceito de paternidade, que passou a compreender o parentesco psicológico, que prevalece sobre a verdade biológica e a*

⁴⁶⁶ A paternidade sob a ótica da função responsável é assim definida por Rose Melo Vencelau: “Pai é aquele que vulgarmente se diz “botou o filho no mundo”, fato a que o Direito atribui responsabilidade. Por conseguinte, pai não é apenas o genitor, ao contrário, é aquele que assume a responsabilidade que o Direito lhe impõe. E essa responsabilidade consiste em cuidar, educar, alimentar, proteger... Enfim, é o exercício contínuo de uma função” (In: Obra citada, p. 119)

⁴⁶⁷ LÔBO, Paulo. **Socioafetividade no Direito de Família**: a Persistente Trajetória de um Conceito Fundamental, p. 13. No mesmo sentido, afirma Eduardo de Oliveira Leite: “(...) genitor, qualquer homem potente pode ser, basta manifestar capacidade instrumental para gerar; pai, ao contrário, é mais que mero genitor, pode até se confundir com o genitor, mas vai além da mera noção de reprodução” (In: **Exame de DNA, ou, o limite entre o genitor e o pai**, p. 63).

realidade legal".⁴⁶⁸ O parentesco psicológico e social encontra seu fundamento no amor e no afeto (daí a denominação "socioafetividade") que impulsionam a execução do projeto parental responsável, o que independe da existência de quaisquer fundamentos biológicos ou jurídicos. O ordenamento jurídico se apercebeu de que a realização da subjetividade humana não esgota pelas situações jurídicas típicas (paternidade registral, presumida, etc.), sendo compelido a estender sua tutela a situações que, embora atípicas (em termos de legislação infraconstitucional) são socialmente típicas e harmônicas com a cláusula geral de proteção à dignidade humana e aos demais princípios constitucionais, tais como a solidariedade e a equalização dos direitos dos filhos de qualquer origem (dentre eles o da convivência familiar). Neste contexto, a tutela da paternidade socioafetiva é medida que não se pode negar, sob pena de injustificado retrocesso social pela exclusão de situações que, no caso concreto, bem atendem ao melhor interesse de todos os envolvidos, especialmente dos filhos.

Belmiro Pedro Welter distingue as quatro principais modalidades de filiação socioafetiva, todas calcadas na prevalência do afeto sobre vínculos biológicos (e inclusive jurídicos, em certos casos): a *adoção jurídica* (atualmente disciplinada pelo ECA), a *adoção à brasileira* (que, a rigor, configura o crime de parto suposto⁴⁶⁹, mas veio a ter sua validade admitida pela jurisprudência nas hipóteses em que tenham sido constituídos vínculos socioafetivos característicos da posse de estado)⁴⁷⁰, a *filiação de criação* (quando os pais criam alguém por opção, denominando-o filho, no que reside divergência jurisprudencial, sobretudo quanto à extensão de efeitos patrimoniais e

⁴⁶⁸ DIAS, Maria Berenice. Obra citada, p. 296.

⁴⁶⁹ "Art. 242 - Dar parto alheio como próprio; registrar como seu o filho de outrem; ocultar recém-nascido ou substituí-lo, suprimindo ou alterando direito inerente ao estado civil:
Pena - reclusão, de dois a seis anos.

Parágrafo único - Se o crime é praticado por motivo de reconhecida nobreza:

Pena - detenção, de um a dois anos, podendo o juiz deixar de aplicar a pena".

⁴⁷⁰ Neste sentido, pronuncia-se o STJ: "(...) 2. *Em se tratando de adoção à brasileira, a melhor solução consiste em só permitir que o pai-adotante busque a nulidade do registro de nascimento, quando ainda não tiver sido constituído o vínculo de sócio-afetividade com o adotado.* 3. *Recurso especial improvido*". (REsp 1088157/PB, Rel. Ministro Massami Uyeda, Terceira Turma, julgado em 23/06/2009, DJe 04/08/2009)

sucessórios)⁴⁷¹; e, por fim, *reconhecimento voluntário ou judicial de paternidade ou maternidade* (que é irrevogável, salvo em restando comprovada o erro ou falsidade).⁴⁷²

Há contudo, que se discordar do enquadramento desta última hipótese no âmbito da paternidade socioafetiva. No reconhecimento judicial da paternidade, geralmente não subsiste o caráter voluntário do ato, eis que o vínculo biológico (e não o socioafetivo) ainda é o fundamento mais utilizado para embasar a conclusão das sentenças proferidas nas demandas investigatórias de paternidade. A grande resistência operada pelos demandados para obstar o julgamento de procedência da investigatória evidencia a completa ausência de desejo de constituição de um projeto parental, o que prejudica o estabelecimento da paternidade socioafetiva, intimamente ligada ao amor e o afeto. Por isso, esta hipótese melhor se enquadra no âmbito do vínculo jurídico de paternidade, que, como visto, nem sempre coincide com o biológico ou com o socioafetivo.

A seu turno, a referida inclusão da adoção no âmbito da filiação socioafetiva⁴⁷³ deve implicar na extensão da irrevogabilidade própria da primeira (art. 39, §1º do

⁴⁷¹ O Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul conta com vários precedentes firmados no sentido de evitar o desvirtuamento do instituto da paternidade socioafetiva (em caso de filiação de criação) para o atendimento de interesses de índole patrimonial. Veja-se: “*APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DECLARATÓRIA DE FILIAÇÃO SOCIOAFETIVA. HIPÓTESE TÍPICA DE "FILHO DE CRIAÇÃO, NÃO ADOTADO QUANDO AINDA EM VIDA PELOS "PAIS DE CRIAÇÃO. DECLARAÇÃO PARA FIM EXCLUSIVO AO DIREITO SUCESSÓRIO. IMPOSSIBILIDADE JURÍDICA DO PEDIDO. CARÊNCIA DA AÇÃO INTERPOSTA. Criança que, com pouco mais de um ano de idade foi dada para criação em outra família, desvinculando-se da família biológica. A condição de "filho de criação não gera qualquer efeito patrimonial, nem viabiliza o reconhecimento de adoção de fato. O vínculo afetivo só pode conferir efeito jurídico quando espontâneo e voluntariamente assumido. Hipótese não ocorrida no caso dos autos, em que autora busca ver reconhecida a filiação sócio-afetiva em relação aos falecidos pais de criação com o intuito exclusivamente patrimonial. Recurso desprovido”.* (TJRS - Apelação Cível Nº 70028442630, Sétima Câmara Cível, Relator: Ricardo Raupp Ruschel, Julgado em 22/07/2009).

A este propósito, Luiz Edson Fachin proclama que “*o liame paterno-filial não se sustenta tão-só numa explicação patrimonial ou de sequelas sucessórias. A paternidade se faz inter vivos e não apenas para surtir efeitos mortis causa. O legado verdadeiro do testamento paterno-filial se dá em vida, precisamente quando pai e filho crescem mutuamente sob a lei mais relevante que é a do amor, na qual um para outro faz a diferença*” (in: **Paternidade e ascendência genética**, p. 170).

⁴⁷² WELTER, Belmiro Pedro. Obra citada, p. 148-150.

⁴⁷³ Nas palavras de Paulo Lôbo, “*a igualdade entre filhos biológicos e adotivos implodiu o fundamento da filiação na origem genética. A concepção de família, a partir de um único pai ou mãe e seus filhos, eleva-os à mesma dignidade da família matrimonializada. O que há de comum nessa concepção plural de família e filiação é a reação entre eles fundada no afeto*”. (In: **Princípio jurídico da afetividade na filiação**, p. 250).

ECA) a todas as espécies da segunda,⁴⁷⁴ o mesmo devendo ocorrer em relação à irrevogabilidade que se atribui ao reconhecimento dos filhos havidos fora do casamento (art. 1.609 do Código Civil). A irrevogabilidade de toda sorte de filiação socioafetiva é expressão da equalização constitucional dos direitos dos filhos de qualquer origem (art. 227, §6º da CF), além de atender ao melhor interesse da criança e do adolescente, protegendo-os dos riscos de ver desconstituídos os seus vínculos de paternidade socioafetiva por eventual descoberta de seu descompasso com a verdade biológica, em uma futura desavença instaurada entre seus pais.

O desenvolvimento da reprodução humana assistida foi outro elemento fundamental a corroborar com a insuficiência da busca a afirmação da verdade biológica. Em tal contexto, a afirmação da verdade afetiva calcada na parentalidade responsável é, por excelência, pressuposto à realização da técnica, tal como ocorre na inseminação artificial (homóloga e heteróloga) que depende, diretamente, do consentimento prestado pelo marido acerca do projeto parental a ser levado a efeito pelo casal. Além disso, outros princípios regentes da reprodução humana assistida – dentre os quais se destaca o anonimato do doador – obsta a perquirição da verdade biológica, tornando-se ineficaz, caso descoberta, para o estabelecimento de quaisquer vínculos jurídicos de paternidade ou maternidade.

A paternidade socioafetiva é vínculo complexo, composta por uma pluralidade de ingredientes, de índole subjetiva – afeto, respeito mútuos, intenção de realização de um projeto parental responsável – e objetiva – ostentados pela posse de estado de filiação, aparente a terceiros.⁴⁷⁵

Os elementos tradicionais da posse de estado de filiação são a *nominativo*, relativo à utilização do patronímico, pelo filho; a *tractatio*, correspondente ao

⁴⁷⁴ WELTER, Belmiro Pedro. Obra citada, p. 193.

⁴⁷⁵ Na acepção de Jacqueline Filgueras Nogueira, “*“Posse de estado de filho é aquela relação afetiva íntima e duradoura, que decorre de circunstâncias de fato, situação em que uma criança usa o patronímico do pai, por este é tratado como filho, exercitando todos os direitos e deveres inerentes a uma filiação, o criando, o amando, o educando e o protegendo, e esse exercício é notório e conhecido pelo público”* (In: Obra citada, p. 86), ou seja, “*é a relação de afeto, íntimo e duradouro, exteriorizado e com reconhecimento social, entre homem e uma criança, que se comportam e se tratam como pai e filho, exercitando os direitos e assumem as obrigações que essa relação paterno filial determina*” (In: Idem. p. 112-113).

tratamento dispensado pelo pai e no atendimento de suas necessidades (sustento, educação, instrução e manutenção); a *reputatio*, como expressão social da relação havida entre pais e filhos;⁴⁷⁶ *notoriedade pública* de tais circunstâncias; e, por fim, um liame de *continuidade* que ostente razoável *perenidade* dos elementos anteriores.⁴⁷⁷ Todavia, no enfrentamento dos casos que lhe foram submetidos, as cortes tenderam a flexibilizar estes requisitos, admitindo outros elementos para caracterizar a posse de estado. Passou-se a se compreender que o mais importante suporte fático da posse de estado de filiação é constituído pelos “*cuidados na alimentação, na instrução, o carinho no tratamento, quer em público, quer na intimidade do lar*” que, por sua vez, “*revelam no comportamento a base da paternidade*”.⁴⁷⁸

A comprovação da posse de estado se opera, geralmente, pela via testemunhal. Contudo, recomenda-se que o julgamento não se valha apenas desta fonte, mas examine também provas documentais que evidenciem a manutenção de relações jurídicas típicas da paternidade, tais como fotografias, cartas, bilhetes, comprovantes de custeio de despesas com moradia, estudos, saúde, alimentação, vestuário, inscrição do filho como dependente perante a Receita Federal ou institutos previdenciários, registros de comparecimento dos pais em reuniões escolares, além do depoimento pessoal de todos os envolvidos, de modo tão rigoroso quanto ocorre na investigação de paternidade de origem biológica.⁴⁷⁹

⁴⁷⁶ FACHIN, Luiz Edson. **Estabelecimento da paternidade e filiação presumida**, p. 54.

⁴⁷⁷ FACHIN, Luiz Edson. **Da paternidade: relação biológica e afetiva**, p. 70. Quanto ao requisito da perenidade, anota o autor: “*A continuidade não implica necessariamente atualidade, exigindo-se um mínimo de duração que ateste a estabilidade da posse de estado, deferindo-se ao magistrado o papel de verificar essa situação*” (In: Idem, p. 69).

⁴⁷⁸ FACHIN, Luiz Edson. Idem, p. 37. Complementa o autor: “*Na aparência, o que se nota é a falta da qualidade de verdade: parece, mas não é. Na posse de estado, o que sobressai é a presença de uma relação paterno-filial: o que aparece é*”. (Idem, p. 61).

⁴⁷⁹ WELTER, Belmiro Pedro. Obra citada, p. 162.

No ordenamento jurídico Chileno, a questão é posta nos seguintes termos pelo Código Civil: “**Art. 200.** *La posesión notoria de la calidad de hijo respecto de determinada persona servirá también para que el juez tenga por suficientemente acreditada la filiación, siempre que haya durado a lo menos cinco años continuos y se pruebe por un conjunto de testimonios y antecedentes o circunstancias fidedignos que la establezcan de un modo irrefragable. La posesión notoria consiste en que su padre, madre o ambos le hayan tratado como hijo, proveyendo a su educación y establecimiento de un modo competente, y presentándolo en ese carácter a sus deudos y amigos; y que éstos y el vecindario de su domicilio, en general, le hayan reputado y*

Em um primeiro momento, a posse de estado se apresentou como uma conjuntura fática reconhecida pelo Direito (sobretudo a partir de provas testemunhais e documentais), que lhe imputou determinadas consequências. Todavia – conforme sustenta Luiz Edson Fachin, com respaldo em Martine Remond-Gouilloud – a partir do momento em que ratificada pelo ordenamento, a posse de estado assume caráter de verdadeira presunção jurídica.⁴⁸⁰ Tal condição lhe imprime a necessária relevância para operar no conflito com eventuais vínculos não coincidentes de filiação biológica ou jurídica.

A posse de estado é conceito instrumental, destinado a valorização e reconhecimento da filiação socioafetiva pela sua inclusão no conceito de família, com o correlato reconhecimento de todos os efeitos decorrentes de tal condição. Daí porque *“a relevância conferida a esse conceito, a rigor, recai menos sobre o instrumento (posse de estado) e mais sobre o fim pretendido (valorizar a verdade sócio-afetiva)”*.⁴⁸¹

Apesar da similitude da nomenclatura ter conduzido alguns autores à busca de elementos comuns entre a posse de estado e a posse do direito das coisas,⁴⁸² prevalecem razões a justificar a independência entre tais conceitos, que dizem respeito a valores e bens jurídicos de natureza diversa (existencialidade e patrimônio, respectivamente).⁴⁸³ Eventual confusão entre ambos poderia conduzir à injustificada leitura de uma das mais essenciais condições da existência humana (paternidade, maternidade e filiação) a partir de uma ótica própria à tutela dos bens materiais, o que não mais se sustenta sob o atual paradigma constitucional, que proclama exatamente o inverso: funcionalização do patrimônio à satisfação da dignidade humana.

No Código de 1916, não havia previsão expressa acerca da posse de estado de filho, o que se explica pelo fato de que tal noção só encontra respaldo no âmbito de

reconocido como tal”. (CHILE. **Código Civil de la Republica de Chile**. Disponível em <http://www.paginaschile.cl/biblioteca_juridica/codigo_civil/codigo_civil_de_chile.htm>. Acesso em 01/12/2010).

⁴⁸⁰ FACHIN, Luiz Edson. **Estabelecimento da paternidade e filiação presumida**, p. 157.

⁴⁸¹ FACHIN, Luiz Edson. *Idem*, p. 160.

⁴⁸² NOGUEIRA, Jacqueline Filgueras. *Obra citada*, p. 121.

⁴⁸³ WELTER, Belmiro Pedro. **Igualdade entre as filiações biológica e socioafetiva**, p. 154

uma racionalidade que privilegie a exegese das verdades (jurídica, biológica e socioafetiva) à luz da promoção do melhor interesse dos filhos, o que não se verifica naquele sistema, calcado sobre valores (patriarcalismo, patrimonialismo) distintos daqueles sobre os quais se estrutura a noção contemporânea de posse de estado de filho, tais como a afetividade e a solidariedade e promoção do melhor interesse dos filhos.⁴⁸⁴

Paulatinamente, a noção de posse de estado de filiação foi sendo admitida pela jurisprudência no decorrer do século XX, sobretudo em havendo coincidência entre vínculos afetivos e biológicos. Neste particular merece destaque a já referida hipótese da separação de fato em que a mulher e o novo companheiro têm um filho que, pela incidência da regra “*pater is est*”, não poderia ser reconhecido como tal pelo pai biológico (companheiro da mãe), enquanto o ex-marido não impugnasse a paternidade. A presunção *pater is est* foi sendo flexibilizada, passando-se a admitir que nesta modalidade de adultério *a matre* (configurado pelo fato de que, segundo o entendimento vigente à época, mesmo uma longa e definitiva separação de fato não tinha aptidão a desobrigar a mulher do dever de fidelidade em relação a seu marido) fosse possível o estabelecimento de vínculos jurídicos de paternidade com o atual companheiro (pai biológico), independentemente de interpelação pelo marido, favorecido pela presunção *pater is est*. Assim decidiu o Supremo Tribunal Federal, em duas oportunidades:

“INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE. FILHO ADULTERINO A PATRE E A MATRE. AÇÃO AJUIZADA COM BASE NO ART. 363, DO C.CIVIL, E NA L. 883, DE 21/10/49. I. A PRESUNÇÃO LEGAL DE SEREM LEGÍTIMOS OS FILHOS CONCEBIDOS NA CONSTÂNCIA DO CASAMENTO FIRMA-SE NA PRESUNÇÃO DE CONVIVÊNCIA DOS CÔNJUGES, MAS, SE HÁ PROVA NOS AUTOS DE QUE A MULHER CASADA SE ENCONTRA SEPARADA DE FATO DO MARIDO, CONVIVENDO COM

⁴⁸⁴ FACHIN, Luiz Edson. **Estabelecimento da paternidade e filiação presumida**, p. 153. Àquela época, “o Código Civil compôs um sistema sem compromisso com a verdade biológica ou com a verdade social. Preocupou-se com a família legítima e para essa categoria de filhos dirigiu o favor da presunção legal de paternidade; colocou, pois, num plano superior, a verdade jurídica” (In: Idem, p. 131).

OUTRO HOMEM, QUANDO NASCEU O FILHO, NÃO HÁ COMO ADMITIR-SE A LEGITIMIDADE DESSE FILHO, NÃO MAIS PREVALECENDO A PRESUNÇÃO. INOCORRÊNCIA DE NEGATIVA DE VIGÊNCIA DO ART. 388, DO C.CIVIL. II. A DECISÃO IMPUGNADA QUE SE CALCA NA FLAGRANTE NULIDADE DO REGISTRO DE NASCIMENTO NÃO NEGA VIGÊNCIA AO ART. 348 DO C.CIVIL (COM A REDAÇÃO DO D1. 5.860, DE 30/09/43). RECURSO EXTRAORDINÁRIO NÃO CONHECIDO”.⁴⁸⁵

“ADULTERINIDADE A MATRE. POSSIBILIDADE DA AÇÃO DE INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE, MESMO SEM CONTESTAÇÃO CONTENCIOSA DO PAI PRESUMIDO. SEPARAÇÃO DE FATO DO CASAL PROLONGADA E NÃO CONTESTADA. PRESUNÇÃO DE PATERNIDADE SUBORDINADA A CONVIVÊNCIA CONJUGAL. INTERPRETAÇÃO DA LEI N 833. RECURSO EXTRAORDINÁRIO CONHECIDO MAS NÃO PROVIDO”.⁴⁸⁶

Nas hipóteses em que a mãe seja casada, a posse de estado de filho pode operar negativa ou positivamente, a depender de sua existência e coincidência com a tradicional presunção paterna. No primeiro caso, a inexistência da posse de estado em relação ao marido, faz que com o este mecanismo opere negativamente, sendo suplantado pela presunção *pater is est* atrelada ao marido, independentemente do exercício efetivo da paternidade, ou a da manifestação de qualquer vontade neste sentido. Nesta perspectiva, o marido seria tido como pai de filho, mesmo que não o desejasse e nunca tivesse sido constituída relação socioafetiva entre ambos. Se, ao invés, a posse de estado corresponde aos vínculos havidos entre o filho e o marido da mãe – aperfeiçoando-se pelo exercício responsável das situações subjetivas existenciais (direitos, deveres, poderes, ônus) próprios da relação paterno-filial – seu mecanismo operará positivamente, confirmando a paternidade já proclamada pela

⁴⁸⁵ RE 71474, Relator: Min. Amaral Santos, Primeira Turma, julgado em 14/04/1972, RTJ VOL-62681

⁴⁸⁶ RE 56892, Relator(a): Min. Evandro Lins, Primeira Turma, julgado em 18/05/1965, DJ 16-06-1965.

presunção.⁴⁸⁷ A incidência negativa da posse de estado foi, como visto, relativizada pela jurisprudência, que passou a relativizar a presunção *pater is est* em seu nome.

Sem embargo, a posse de estado de filho, sustentáculo da denominada “*verdade afetiva*” independe da existência de quaisquer outros vínculos jurídicos, biológicos ou contratuais, que, em última análise, são independentes entre si, na maioria dos casos verificados.⁴⁸⁸ Não é raro que as quatro referidas verdades (jurídica, biológica, afetiva e contratual), coexistam e operem em sentidos diametralmente opostos em torno de um mesmo sujeito. A solução destas questões depende, de modo imediato, da eleição do vínculo a prevalecer em cada caso – sem que isso implique, contudo, em uma total negação dos demais vínculos – e a operar como fonte de direitos, deveres e demais situações jurídicas subjetivas atreladas à respectiva vinculação levada a efeito. Como exemplo de enfrentamento de tais questões sob este viés metodológico, registra-se acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul em demanda envolvendo adoção informal (popularmente denominada “*à brasileira*”):

“AÇÃO DECLARATÓRIA. ADOÇÃO INFORMAL. PRETENSÃO AO RECONHECIMENTO. PATERNIDADE AFETIVA. POSSE DO ESTADO DE FILHO. PRINCÍPIO DA APARÊNCIA. ESTADO DE FILHO AFETIVO. INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE SOCIOAFETIVA. PRINCÍPIOS DA SOLIDARIEDADE HUMANA

⁴⁸⁷ FACHIN, Luiz Edson. **Estabelecimento da paternidade e filiação presumida**, p. 131. Após longa análise da repercussão da posse de estado, conclui este autor: “*a presença da posse de estado de filho matrimonial é um fato, revelador da vontade do marido da mãe (pai presumido) em aceitá-lo como filho, fato esse que sustenta a própria presunção pater is est e afasta a negatória; todavia, a ausência da posse de estado de filho matrimonial tende a destruir a presunção pater is est*” (In: Idem, p. 152).

⁴⁸⁸ “*A descendência genética é assim um dado; a filiação socioafetiva se constrói; é mais: uma distinção entre o virtual e o real. A paternidade biológica vem pronta sobre a filiação; elo inato, indissolúvel, não raro impenetrável. Ao reverso, a relação paterno filial socioafetiva se revela; é uma conquista que ganha grandeza e se afirma nos detalhes. A primeira é traçada por uma informação obrigatória, cuja certeza (determinada ou determinável) pode demonstrar algo mais do que simples liame biológico. A segunda é fruto de um querer: ser pai, desejo que se põe na via do querer ser filho; desse desejo ela nasce e frutifica o que nenhum gene dispensa, mas que por si só pode não explicar. Se andam juntas, completam-se. Se dissociadas, podem se contrapor*”. (FACHIN, Luiz Edson. **Da paternidade** – Relação biológica e afetiva, p. 59).

Em outro estudo, afirma o mesmo autor: “*a base ambivalente da filiação sugere a coincidência dos vetores sócio-afetivo e biológico no pai jurídico. (...) Nem sempre, porém, o ascendente biológico será o pai jurídico. Essa diferenciação é um processo ainda em construção. Diferença incômoda, propositadamente, desassossegada, noise epistemológico*” (In: **Paternidade e ascendência genética**, p. 167).

E DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA. ATIVISMO JUDICIAL. JUIZ DE FAMÍLIA. DECLARAÇÃO DA PATERNIDADE. REGISTRO. A paternidade sociológica é um ato de opção, fundando-se na liberdade de escolha de quem ama e tem afeto, o que não acontece, às vezes, com quem apenas é a fonte geratriz. **Embora o ideal seja a concentração entre as paternidades jurídica, biológica e socioafetiva, o reconhecimento da última não significa o despreço à biologização, mas atenção aos novos paradigmas oriundos da instituição das entidades familiares. Uma de suas formas é a "posse do estado de filho" , que é a exteriorização da condição filial, seja por levar o nome, seja por ser aceito como tal pela sociedade, com visibilidade notória e pública.** Liga-se ao princípio da aparência, que corresponde a uma situação que se associa a um direito ou estado, e que dá segurança jurídica, imprimindo um caráter de seriedade à relação aparente. Isso ainda ocorre com o "estado de filho afetivo", que além do nome, que não é decisivo, ressalta o tratamento e a reputação, eis que a pessoa é amparada, cuidada e atendida pelo indigitado pai, como se filho fosse. **O ativismo judicial e a peculiar atuação do juiz de família impõe, em afago à solidariedade humana e veneração respeitosa ao princípio da dignidade da pessoa, que se supere a formalidade processual, determinando o registro da filiação do autor, com veredicto declaratório nesta investigação de paternidade socioafetiva, e todos os seus consectários. APELAÇÃO PROVIDA, POR MAIORIA**".⁴⁸⁹ (Grifou-se)

Em outro julgamento, a vanguardista Corte gaúcha valeu-se do princípio da dignidade da pessoa humana para fundamentar a ausência de legitimidade de pai

⁴⁸⁹ TJRS - Apelação Cível Nº 70008795775, Sétima Câmara Cível, Relator: José Carlos Teixeira Giorgis, Julgado em 23/06/2004. Este Tribunal elegeu, em várias oportunidades, a prevalência da verdade socioafetiva sobre a biológica, tal como se infere do exemplo a seguir:

“APELAÇÃO. INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE. VÍNCULO SOCIOAFETIVO QUE SE SOBREPÕE AO VÍNCULO BIOLÓGICO. É absolutamente certo e inquestionável, até admitido pelo autor desde o início da ação, que o pai registral é o verdadeiro pai há quase vinte anos. A paternidade socioafetiva se sobrepõe à paternidade biológica. NEGARAM PROVIMENTO. POR MAIORIA”. (Apelação Cível Nº 70018836130, Oitava Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Rui Portanova, Julgado em 03/05/2007).

Esta prevalência recebe amparo legislativo no ordenamento chileno. Extraí-se daquele Código Civil:

“Art. 201. La posesión notoria del estado civil de hijo, debidamente acreditada, preferirá a las pruebas periciales de carácter biológico en caso de que haya contradicción entre una y otras. Sin embargo, si hubiese graves razones que demuestren la inconveniencia para el hijo de aplicar la regla anterior, prevalecerán las pruebas de carácter biológico”.

socioafetivo que visou desconstituir o vínculo de paternidade após anos de convívio, sob o argumento de que “com a separação fática do casal, a ex-companheira e genitora do apelado passou a promover comentários pela vizinhança, alegando não ser ele (o apelante) o pai do menor”, de modo que “tal fato gerou dúvidas acerca da paternidade do infante, do que se extrai a possível ocorrência de vício de consentimento na manifestação da vontade, apto a ensejar a invalidade do ato jurídico”. Acompanhe-se:

“NEGATÓRIA DE PATERNIDADE. EXTINÇÃO DA AÇÃO SEM JULGAMENTO DO MÉRITO. PATERNIDADE SOCIOAFETIVA. Ainda que o autor, pai registral, pudesse não ser, em tese, o pai biológico do réu, mantém-se a extinção da ação negatória com base no art. 267, VI, do CPC, se estabelecida a paternidade socioafetiva entre eles, descrita na própria petição inicial. Em se tratando de relação de filiação não se pode compreender que seja descartável, ao menos em casos como o presente, onde há oito anos o réu tem como pai o autor. Pretensão que afronta o princípio constitucional da dignidade da pessoa humana, porque o réu, menor impúbere, ficaria sem pai registral, ou seja, sem filiação e sobrenome paterno. Precedentes doutrinários e jurisprudenciais. Apelação desprovida”.⁴⁹⁰

Nesse caso, independentemente da existência ou não de vínculos biológicos, o autor é – e sempre foi, desde o nascimento, há oito anos – pai de seu filho, o que lhe retirou interesse e legitimidade para demandar a desconstituição destes vínculos solidificados pela presença dos elementos constitutivos da posse de estado de filho – nome, trato, fama, notoriedade, perenidade e notoriedade pública.

A ação negatória de paternidade é uma das demandas judiciais mais complexas de que se tem notícia. Sua solução, como visto, depende da eleição de um dentre vários vínculos de paternidade em possível conflito, o que pode violar o melhor interesse da criança. Mesmo a decisão que privilegia a posse de estado em detrimento da verdade biológica ou jurídica – que, a uma primeira vista, parece ser a mais justa – contém uma inquietante peculiaridade: a ruína dos vínculos socioafetivos, nestes casos, não se opera pela sentença, mas sim pela citação do filho, dos termos da

⁴⁹⁰ Apelação Cível Nº 70021545215, Oitava Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: José Ataídes Siqueira Trindade, Julgado em 24/01/2008.

negatória. Este é o momento em que este toma ciência de que o sujeito que, até então, foi seu pai, está disposto a se destituir desta função, por alocar a relação socioafetiva em um patamar inferior de importância em relação à ascendência genética (“descoberta”, não raramente, por ocasião de uma briga havida com a mãe) ou à paternidade jurídica, registral ou presumida.

É pela citação, e não apenas pela sentença, que se noticia a falência da vontade e intenção de manutenção da relação de paternidade. Eventual julgamento de improcedência da negativa – inclusive com fundamento na existência da posse de estado de filiação – não terá aptidão a apagar, da memória do filho, o registro da manifestação judicial de vontade de seu pai em se destituir desta função. O vínculo socioafetivo nunca mais será o mesmo, após a citação.⁴⁹¹ O complicador reside, entretanto, na impossibilidade de, em todos os casos, aferir-se a existência de vínculos socioafetivos a partir da simples leitura da inicial, o que poderia justificar o seu indeferimento por ausência de legitimidade ativa ou de interesse de agir, anteriormente à citação (art. 295, incisos II e III do Código de Processo Civil).

4.1.4. Vínculo contratual na gestação por substituição

Uma quarta espécie de vínculo de filiação é própria da reprodução humana assistida realizada mediante gestação por substituição.

A despeito do caráter gratuito – vigente no Brasil por força do art. IV, inc. 1º da Resolução CFM nº 1.957/2010 e do art. 199, §4º da Constituição Federal – ou oneroso – permitido em alguns países e incentivado por cadastros internacionais de candidatas, integrados por grande número de brasileiras de baixa renda – a gestação por substituição é relação jurídica bilateral firmada pelas partes por meio de contrato, com

⁴⁹¹ Esta situação é percebida por Vanessa Ribeiro Corrêa Sampaio Souza, para quem, nas hipóteses de impugnação judicial da paternidade registral ou socioafetiva pela via da ação negativa – o que revela o desaparecimento do afeto recíproco que, até então, unia os envolvidos – a defesa do vínculo não se estrutura apenas pelos elementos da posse de estado (nome, trato e fama), mas principalmente, pelos seus efeitos na salvaguarda de outros direitos do filho (dignidade, convivência familiar, etc.), dotados de semelhante relevância perante a Constituição Federal. “*É por esses efeitos, frise-se, que a situação jurídica deve ser mantida e não pelo afeto, já que este não mais se insere na relação, pelo menos para uma das partes interessadas*” (In: Obra citada, p. 174).

previsão dos direitos e deveres a que ficam adstritas as partes, sobretudo a mãe portadora.

Por força da obrigação principal envolvida na relação, consistente na gestação e entrega do bebê logo após o parto, surge uma espécie de *verdade contratual* a alicerçar o vínculo de filiação a ser estabelecido entre o filho e a contratante interessada, que receberá o “seu” bebê, da gestante substituta. Assim, a partir do pacto celebrado entre as partes, tal é o conteúdo da verdade contratual: a mãe não será a gestante, mas aquela contratante que (havendo, ou não, cedido óvulos para fertilização *in vitro*) receberá o filho após o parto.

Paralelamente à vedação ao emprego desta modalidade de reprodução humana assistida em boa parte dos países europeus (nos quais, em se realizando a técnica, atribui-se a maternidade à gestante/parturiente, o que torna ineficaz a relação contratual), a doutrina mais atenta à despatrimonialização e consequente repersonalização do Direito de Família formulou uma série de argumentos no sentido da invalidade desta modalidade de pacto, o que, por consequência, desconstituiria a “verdade contratual” dele decorrente. Para esta vertente teórica, a negociação implica em coisificação da pessoa do filho, sobretudo pelo emprego do termo “entrega”; há possibilidade de exploração de pessoas pobres (o que se confirmou por consultas aos cadastros de candidatas a gestantes substitutas, integrados por mulheres muito jovens, de baixa renda, que mal conseguem exprimir, em linguagem inteligível, as razões para se submeterem à medida); não há como se garantir que a gestante tomará todos os cuidados necessários à gravidez saudável; os contratantes podem vir a rejeitar o filho que nasça com algum distúrbio ou doença; o pagamento (onde se admite) implica em verdadeira “compra e venda” do bebê; a cobiça pelo dinheiro atenta contra a liberdade do consentimento prestado pela gestante (sobretudo em se tratando de pessoa de pouca cultura); os contratantes exigiriam mais da criança em razão de seu elevado “custo”.⁴⁹²

A partir da teoria concepcionista, que reconhece o embrião não como coisa, mas como pessoa humana dotada de personalidade jurídica,⁴⁹³ torna-se evidente a

⁴⁹² WELTER, Belmiro Pedro. Obra citada, p. 239-240.

⁴⁹³ SILVA, Reinaldo Pereira e. **Introdução ao Biodireito**, p. 223-226.

impossibilidade de sua negociação pela via contratual, instrumento, por excelência, de constituição de obrigações e do trânsito jurídico das titularidades. Conforme já anunciava Pontes de Miranda, *“o homem vivo, o ser biológico, não é objeto de direito”*. Mesmo se se considerasse o embrião como parte do corpo da mãe, não se poderia envolvê-lo em negócio bilateral, na justa medida em que, *“antes de separada a parte do corpo, nenhum negócio jurídico se cria tendo-a como objeto no presente; portanto, não existe negócio jurídico”*.⁴⁹⁴

Desta forma, nascida uma criança em gestação por substituição, não se pode imputar sua paternidade e maternidade somente com base no contrato de gestação por substituição, porque tal medida endossaria o tratamento do ser humano como coisa, objeto de apropriação, entrega, devolução e outros modos de exercício dos direitos proprietários. O jurista deve se apoiar na hermenêutica constitucional que privilegia a dignidade humana, *“tarefa que somente será possível com a superação do paradigma metafísico que (pré)domina o imaginário dos juristas”** *(re)velando os princípios constitucionais da cidadania, da dignidade da pessoa humana, da prioridade e da prevalência absoluta dos interesses do filho*.⁴⁹⁵ Sem embargo, a alocação de seres humanos no âmbito do contrato (instrumento próprio à obrigações e ao trânsito das titularidades) vai de encontro à repersonalização das relações privadas, que tanto se batalha para obter. Tal evidência já foi percebida pela maioria dos ordenamentos europeus que, acertadamente, negam vigência as contratos de gestação por substituição, atrelando a maternidade à gestação e ao parto.

A exegese do encontro entre as diversas verdades que envolvem a filiação é, como se viu, tarefa dotada de peculiar complexidade e enorme relevância, pois diretamente ligada à satisfação de das mais fundamentais condições integrantes da personalidade humana, que são a paternidade e maternidade.

⁴⁹⁴ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de Direito Privado**. t. II, p. 11,13.

⁴⁹⁵ WELTER, Belmiro Pedro. Obra citada, p. 241. A transcrição marcada com o asterisco (*) advém de: STRECK, Lênio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise**. 2.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000, p. 287

Pela complexidade decorrente da própria natureza dos interesses envolvidos (imediatamente vinculados à dignidade humana), a eleição da prevalência de apenas um, entre dois (ou mais) vínculos concorrentes e coexistentes de parentalidade,⁴⁹⁶ reclama disciplina jurídica atenta, com vistas à salvaguarda da dignidade de todos os envolvidos, sobretudo dos filhos menores, cujo melhor interesse deve-se buscar efetivar do modo mais amplo quanto possível, por imposição constitucional (art. 227).

Para tal intento, a disciplina codificada da paternidade revelou-se, em diversas situações, insuficiente, defasada, alheia à realidade social das famílias, além de contrária à satisfação do melhor interesse dos filhos.

Com vistas a esclarecer estes conflitos de um modo juridicamente válido – além de socialmente legítimo – propõe-se a subsunção de tais questões à metodologia civil-constitucional, que ensejará, por um lado, a aplicação imediata da normativa constitucional (regras e princípios) na solução dos conflitos e, por outro, sua aplicação mediata, como parâmetro vinculante à atividade do legislador ordinário na elaboração de leis, bem como critério de interpretação e de aferição da constitucionalidade de leis em vigência. Esta segunda diretriz (eficácia mediata) detém aptidão a resgatar a legitimidade do emprego do Código Civil e legislação extravagante na solução dos conflitos de paternidade, na justa medida em que imprime, às respostas ali oferecidas, contornos mais atualizados e consentâneos com a axiologia socialmente vigente, encampada pela Constituição Federal.

4.2. O conflito perante a Constituição Federal de 1988

O instituto jurídico da paternidade/maternidade/filiação sofreu relevantes transformações em virtude da acenada evolução dos modelos familiares. Caíram por terra as até então vigentes discriminações entre filhos legítimos e ilegítimos fundada

⁴⁹⁶ Segundo Juliane Fernandes Queiroz, não podem coexistir duas paternidades, uma genética e uma legal, pois o liame que vincula o filho ao pai é uno. “*O que ocorre, in casu e a ocorrência de duas vertentes do vínculo de paternidade, um biológica e outra socioafetiva, em que a lei terá de atribuir maior valoração a uma delas para que sobrepuje a outra*” (In: Obra citada, p. 138). Em sentido contrário, Belmiro Pedro Welter sustenta não ser devida a referida eleição, devendo ser observados todos os direitos e demais prerrogativas (patrimoniais e extrapatrimoniais) afetas a todos os vínculos de paternidade coexistentes em torno do mesmo sujeito. (in: **Teoria Tridimensional no Direito de Família: Reconhecimento de todos os Direitos das Filiações Genética e Socioafetiva**, p. 113).

na sua origem (matrimonial ou não), vigendo, então, a igualdade entre os filhos, independentemente de sua origem (se biológica ou socioafetiva) ou do fato de haver sido concebido dentro ou fora do casamento – art. 227 do Texto Constitucional. É interessante observar estes novos tempos já eram anunciados por Pontes de Miranda na década de cinquenta. Dizia o autor: “*a legitimação de todos os filhos é a boa doutrina, e devemos recebê-la com aplausos, porque se nos afigura mais equitativa, mais simples e mais acorde com as tendências igualitárias da civilização*”.⁴⁹⁷

Com o advento da Constituição Federal, seguido pela promulgação do Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei 8.069/1990) e pelo Código Civil de 2002, inaugura-se um novo modelo regulatório, orientado pelos princípios da igualdade entre os filhos, havidos ou não na constância do casamento e do dever de observância aos seus interesses.⁴⁹⁸ “*Inexistem, na família contemporânea, filhos legítimos, legitimados, naturais, adulterinos e incestuosos. Há só filhos, em tudo e por tudo equalizados. Não há poder dos pais sobre os filhos. Há deveres e há faculdades – que são instrumentos desses deveres – como, por exemplo, o jus corrigendi*”.⁴⁹⁹

Os termos “ilegítima”, “espúria” ou “adulterina”, adjetivos referentes à origem da filiação, que prosperavam no paradigma cultural anteriormente vigente,⁵⁰⁰ foram suprimidos dos textos legais em nome da proclamada igualdade entre filhos de qualquer origem, estabelecida pela Constituição Federal (art. 227) e endossada pelo

⁴⁹⁷ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. Obra citada, p. 57.

⁴⁹⁸ “*O enunciado do art. 1596 do Código Civil de que os filhos de origem biológica e não biológica têm os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer discriminações, que reproduz norma equivalente da Constituição Federal é, ao lado da igualdade de direitos e obrigações dos cônjuges, e da liberdade de constituição de entidade familiar, uma das mais importantes e radicais modificações havidas no direito de família brasileiro, após 1988. É o ponto culminante da longa e penosa evolução por que passou a filiação ao longo do século XX, na progressiva redução das odiosas desigualdades e discriminações, ou do quantum despótico na família, para utilizarmos uma categoria expressiva de Pontes de Miranda. É o fim do vergonhoso apartheid legal*”. (LÔBO, Paulo. **Famílias**, p. 193).

⁴⁹⁹ LIRA, Ricardo Pereira. Obra citada, p. 31.

⁵⁰⁰ O caráter essencialmente cultural que orienta a imputação dos referidos adjetivos à filiação é assim enunciado por Karl Engisch: “*O leitor reflexivo não deixará de ripostar logo contra a palavra natural. Para um biólogo nem sequer existe a distinção entre filhos legítimos e ilegítimos – para ele apenas existe o facto da descendência natural. A “descendência legítima”, bem como o “parentesco”, que sobre ela se funda, trazem em si, com a característica “legítimo” um ineliminável momento cultural, quer este momento tenha a sua origem na esfera do religioso, na moral ou na do jurídico. (...) Só neste sentido [sociocultural], e já não num sentido biológico, podemos falar duma descendência legítima*”. (In: **Introdução ao Pensamento Jurídico**, p. 26).

Código Civil (art. 1.596). “Efeito do princípio da igualdade, de um modo especial, e das transformações sociais, de um modo geral, a nova família está colocando em cartaz a nova paternidade”.⁵⁰¹

Esta “nova paternidade”, consubstanciada pelos princípios da igualdade, solidariedade, melhor interesse da criança e direito à convivência familiar, está profundamente conectada com o propósito da busca pela origem da filiação.⁵⁰²

Paralelamente ao implemento das alterações no estatuto jurídico da paternidade, a ciência desenvolveu novos métodos de procriação (inseminações artificiais, fertilizações *in vitro*, gestação por substituição) e de aferição da ascendência genética (num primeiro momento, exames de sangue e, posteriormente, de DNA), que reclamaram e inspiraram a construção de novas perspectivas jurídicas destinadas a assegurar a estabilidade das relações de paternidade e filiação.

Como visto, em um primeiro momento, o desenvolvimento das técnicas científicas de investigação permitiu tamanha certeza na aferição da ascendência, que se passou a acreditar que todas as questões envolvendo vínculos a filiação seriam resolvidas pela revelação do liame biológico. Em outras palavras, “*tudo parecia indicar que a verdade biológica iria triunfar*”.⁵⁰³ Contudo, a complexidade dos arranjos sociais, incrementada pelo desenvolvimento das técnicas de reprodução assistida, revelou a insuficiência do critério biológico para a fundamentação última da paternidade. Impôs-se, então, o repensar da exegese das verdades em conflito, novamente operado em busca da “verdadeira paternidade”, que, por sua vez:

⁵⁰¹ FACHIN, Luiz Edson. **Da paternidade**: Relação biológica e afetiva, p. 132. Em outra oportunidade, afirma o mesmo autor: “*A família é um construído. Uma caminhada que destoa da visão clássica sobre a filiação fora do casamento, em especial pela atuação direta e plena do princípio da igualdade. Na superação da grande família, passando pela família nuclear, o tempo eudemonista anuncia um novo estatuto*” (In: **O direito de Família Gauche**, p. 71).

⁵⁰² “*Do princípio que estatui a igualdade entre a filiação havida dentro e fora do casamento decorre o direito que toca a todos os filhos de verem declarada a sua verdadeira paternidade*” (FACHIN, Luiz Edson. **Da paternidade**: Relação biológica e afetiva, p. 30). Em sentido semelhante, Gustavo Tepedino distingue três elementos característicos da tutela conferida pela Constituição de 1988 ao instituto da filiação: “*1. A funcionalização das entidades familiares à realização da personalidade de seus membros, em particular dos filhos; 2. A despatrimonialização das relações entre pais e filhos; 3. A desvinculação entre a proteção conferida aos filhos e a espécie de relação dos genitores*”. (In: **A Disciplina Jurídica da Filiação na Perspectiva Civil-constitucional**, p. 395-396).

⁵⁰³ LEITE, Eduardo de Oliveira. **Exame de DNA, ou, o limite entre o genitor e o pai**, p. 78.

“(...) pode também não se explicar apenas na autoria genética da descendência. Pai também é aquele que se revela no comportamento cotidiano, de forma sólida e duradoura, capaz de estreitar os laços da paternidade numa relação psicoafetiva; aquele, enfim, que, além de poder lhe emprestar seu nome de família, trata-o como sendo verdadeiramente seu filho perante o ambiente social”.⁵⁰⁴

Em resposta à indagação suscitada por Rodrigo da Cunha Pereira, onde se questionou se o pai seria o genitor, o marido ou companheiro da mãe ou aquele que cria os filhos, assegurando-lhes o sustento e a educação, Maria Berenice Dias prontamente afirma que *“a resposta só pode ser uma: nada mais autêntico do que reconhecer como pai quem age como pai, quem dá afeto, quem assegura proteção e garante a sobrevivência”* para então concluir ser *“imperioso encontrar **novos referenciais**, pois não mais se pode buscar na verdade jurídica ou na realidade biológica a identificação dos vínculos familiares”*, na medida em que *“a **paternidade** não é só um ato físico, mas, principalmente, um fato de **opção**, extrapolando os aspectos meramente biológicos, ou presumidamente biológicos, para adentrar com força e veemência na área afetiva”*.⁵⁰⁵~(Grifos no original).

Sem embargo, paternidade e maternidade integram aquilo que de mais fundamental constitui a subjetividade e personalidade humanas (posto que atrelados à própria reprodução da vida humana), porquanto deve sua tutela ser operada de modo a preservar e realizar, com máxima amplitude, os valores existenciais envolvidos nesses vínculos, tais como a igualdade, o afeto (e sua apreensão como fonte de parentesco jurídico), a convivência familiar orientada pela realização emancipação de seus membros, o direito à identidade e ao conhecimento da própria história, dentre outros.

Não mais se justifica que a conformação jurídica dos vínculos de filiação seja orientada por ideologia que admita instrumentalizá-los a serviço da garantia de preservação ou acumulação de patrimônio, tal como se verificava na racionalidade anterior. Tal ordem de interesses não subsiste à nova tábua de valores imposta pela Constituição de 1988, que veda qualquer discriminação entre filhos (artigo 227, §6º),

⁵⁰⁴ FACHIN, Luiz Edson. **Estabelecimento da paternidade e filiação presumida**, p. 169.

⁵⁰⁵ DIAS, Maria Berenice. Obra citada, p. 297.

em nome da proteção de sua dignidade (art. 1º, inciso III). Por isso, “*agora, a palavra “filho” não comporta nenhum adjetivo. Não cabe mais falar em filhos legítimos, ilegítimos, naturais, incestuosos, espúrios ou adotivos. Filho é simplesmente “filho”*”.⁵⁰⁶ Trata-se de princípio vinculante, aplicável mesmo em detrimento da satisfação de egoísmos materiais de uns que, em questões de herança ou alimentos, considerem-se mais “merecedores” de amparo que outros, com base no vínculo sanguíneo ou na condição formal (estado civil) de seus genitores à época da concepção.

Os argumentos que outrora desfavoreciam a averiguação e reconhecimento da filiação extraconjugal (sobretudo a espúria, ou seja, aquela havida por pessoa já casada) versavam, basicamente, sobre a manutenção da honra e paz familiar, calcada na moral e nos “bons costumes” supostamente vigentes.

Todavia, impõe-se questionar se a “moral” e “paz” sociais – que, segundo esta vertente teórica, poderiam sofrer atentados pela desestruturação dos casamentos, consequência da investigação e reconhecimento da filiação “ilegítima” – são os motivos realmente predominantes a justificar a manutenção da discriminação, vigente por séculos, entre as diversas “espécies” de filhos, a partir de sua origem matrimonial ou extramatrimonial.⁵⁰⁷ A preservação do patrimônio dos filhos “legítimos”, integrantes de famílias abastadas, contra os riscos de uma possível futura divisão com herdeiros “estrangeiros” ao núcleo familiar fundado no casamento, é fundamento implícito e nem sempre assumido pelo discurso classificatório da filiação, que vincula a legitimidade ao matrimônio. Acerca da predominância da tutela da família matrimonial pelo Código de 1916, Rose Melo Vencelau afirma: “*esta [a família matrimonial], mais do que a representação de valores existenciais, simbolizava a continuidade do patrimônio*”,⁵⁰⁸ o que é corroborado pela redação original do art. 368, que restringia a adoção aos casais sem filhos legítimos ou legitimados.

⁵⁰⁶ DIAS, Maria Berenice. Obra citada, p. 58.

⁵⁰⁷ Conforme anota Rose Melo Vencelau, “*o Código Civil de 1916 refletia uma covarde e discriminatória classificação dos filhos, sempre em função do vínculo existente entre os pais*” (In: Obra citada, p. 12).

⁵⁰⁸ VENCELAU, Rose Melo. Obra citada, p. 16. No mesmo sentido, observa Belmiro Pedro Welter: “*Com relação à evolução histórica do reconhecimento da paternidade do filho havido fora do*”

A predominância de razões de índole patrimonial – que, no paradigma anterior, justificou a manutenção dos critérios distintivos da filiação⁵⁰⁹ – torna mais evidente a compreensão da sua localização na história jurídica brasileira: paralelamente a outras regras de direito de família dotadas de cunho essencialmente patrimonial, a legitimidade na filiação é um instrumento eficaz de manutenção das estruturas e realização dos objetivos encarnados pela racionalidade oitocentista abrigada pelo anterior Código Civil, que eleva os interesses proprietários ao plano da superioridade, mesmo em detrimento de bens jurídicos de natureza existenciais, tal como o são a dignidade e os direitos da personalidade. Deste modo, a resposta à indagação “a que e a quem serve” tal distinção não pode descurar da preponderância das razões de ordem patrimonial – típicas do contexto histórico e social compreendido pelo Direito vigente à época – que lhe serviram de alicerce.

Por outro lado, esta constatação serve, também, para justificar a sua insustentabilidade no atual paradigma constitucionalizado. A proteção e persecução de interesses ligados à propriedade privada não foram derogadas pela nova legalidade constitucional, mas tiveram alterada sua localização na escala de valores (ou tábua axiológica) sobre a qual se sustenta o ordenamento. A tutela da propriedade – operada diretamente pelos direitos reais, mas, também, indiretamente por vários outros institutos jurídicos, inclusive pelo Direito de Família – se encontra atualmente funcionalizada pela proteção e promoção de valores e interesses de índole existencial atrelados, essencialmente, à dignidade humana.⁵¹⁰

*matrimônio, a doutrina é praticamente unânime ao afirmar que a resistência ocorreu porque as pessoas portadoras de certo patrimônio financeiro e econômico ou influência social pensavam que representaria grave instrumento de chantagem” (In: **Igualdade entre as filiações biológica e afetiva**, p. 65).*

⁵⁰⁹ Conforme elucida Paulo Lôbo, “a assimetria do tratamento legal aos filhos, em razão da origem e do peso do descrimento causado pelo princípio da legitimidade, não era inspirada na proteção da família, mas na proteção do patrimônio familiar. A caminhada progressiva da legislação rumo à completa equalização do filho ilegítimo foi delimitada ou contida pelos interesses patrimoniais em jogo, sendo obtida a conta-gotas: primeiro, o direito a alimentos, depois, a participação em 25% da herança, mais adiante, a participação em 50% da herança, chegando, finalmente, à totalidade dela”. (LÔBO, Paulo. **Famílias**, p. 8). No mesmo sentido: WELTER, Belmiro Pedro. *Idem*, p. 40.

⁵¹⁰ Conforme bem aponta Maria Berenice Dias, acerca da atual valorização do afeto, em contraposição a outras funções outrora atribuídas à família: “Esse é o divisor entre o direito obrigacional e o familiar: os negócios têm por substrato exclusivamente a **vontade**, enquanto o traço diferenciador do direito da família é o **afeto**. A família é um grupo social fundado essencialmente nos laços de

Pela “vontade” constitucional, a família deve “servir”, preponderantemente, a finalidades promocionais da dignidade humana, mesmo que em detrimento de interesses proprietários.⁵¹¹ No panorama atual, *“os filhos, mais do que nunca, serão experimentados não como o salário do sexo, mas como o complemento livremente buscado e assumido de um empenho de personalização, que lança suas raízes no mais poderoso dinamismo transformacional do homem, que é o som de si mesmo”*.⁵¹²

Resgatando-se a presunção *pater is est*, não se pode olvidar da plena conjugação entre a verdade jurídica por ela encampada e a instituição da desigualdade na filiação – expressa pelas distinções entre filiação legítima e ilegítima – até porque *“nos termos do sistema do Código Civil [de 1916], a presunção de paternidade implicava em uma presunção de legitimidade”*.⁵¹³ Paternidade presumida e legitimidade dos filhos se interpenetravam, naquele contexto. O terreno em que a verdade jurídica – calcada em registros ou presunções – logrou máxima expressão foi a família patriarcal, de índole patrimonial, calcada na desigualdade entre cônjuges e na adjetivação da filiação (legítima, ilegítima, etc.), cujos interesses recebiam pouco ou nenhum privilégio, frente aos demais.⁵¹⁴

Ocorre que, além da já proclamada igualdade entre filhos – até então prejudicada pelos óbices ao reconhecimento da filiação extramatrimonial e demais prerrogativas de que se investia o homem casado – a Constituição Federal instituiu a igualdade entre cônjuges (art. 226, §5º), que se estende aos companheiros (§3º do

afetividade após o desaparecimento da família patriarcal, que desempenhava funções procriativas, econômicas, religiosas e políticas” (In: Obra citada, p. 39). No mesmo sentido: PERLINGIERI, Pietro. **Perfis de Direito Civil: Introdução ao Direito Civil Constitucional**, p. 226).

⁵¹¹ Pela introdução desta nova racionalidade operou-se verdadeira *“inflexão da disciplina civilista (voltada anteriormente para a tutela dos valores patrimoniais) em obediência aos enunciados constitucionais, os quais não mais admitem a proteção da propriedade e da empresa como bens em si, mas somente enquanto destinados a efetivar valores existenciais, realizadores da justiça social”* (MORAES, Maria Celina Bodin. **A caminho de um direito civil constitucional**, p. 28).

⁵¹² VILLELA, João Baptista. **Desbiologização da paternidade**, p. 414.

⁵¹³ FACHIN, Luiz Edson. **Estabelecimento da filiação e paternidade presumida**, p. 48. No mesmo sentido: GUIMARÃES, Luís Paulo Cotrim. Obra citada, p. 65.

⁵¹⁴ Em outras palavras, *“isso se entende à medida que a determinação da paternidade, no plano jurídico, atende a interesses alheios à filiação. A defesa da família fincada no matrimônio e a supremacia da autoridade parental, decorrentes da concepção patriarcal e hierarquizada da família, ajudam a explicar esse desencontro”* (FACHIN, Luiz Edson. *Idem*, p.22).

mesmo artigo), derrubando outro sustentáculo da presunção *pater is est*: o patriarcalismo, como expressão da autoridade suprema do homem sobre a mulher e os filhos. Assim, a submissão da presunção à filtragem constitucional revelou sua insustentabilidade diante dos princípios que contemplam a igualdade na filiação, vedando qualquer sorte de discriminação.

Ao refletir-se sobre a “a que” e a “quem serve” a expressão da verdade jurídica da paternidade calcada na desigualdade, conclui-se que sua afirmação serve à manutenção da reprodução, em escala reduzida, do retrato de uma sociedade patriarcal, desigual, hierárquica e patrimonialista; à manutenção da família como uma espécie de pessoa jurídica, dotada de interesses e finalidades próprias, alheias às de seus integrantes;⁵¹⁵ à reprodução das relações de poder e moral, socialmente vigentes; ao império da expressão jurídica na afirmação de certezas amplamente desconstituídas no mundo dos fatos (o que ocorre nos casos de confronto com a verdade biológica demonstrada por exame de DNA, por exemplo). Serve, ainda, a todo detentor de interesses favorecidos por este modelo – pai de família e filhos “legítimos” – não servindo, por certo, ao amplo rol dos desfavorecidos, integrado por esposas subordinadas, filhos ilegítimos, mães-solteiras, companheiros em união estável, dentre outros.

Por outro lado, o desenvolvimento social da família eudemonista – que, albergado pela Constituição Federal, vem implicando na superação do modelo jurídico anterior – implica na insustentabilidade do arcabouço de soluções jurídicas que lhes eram afetas, sobretudo no que se refere às prerrogativas desfrutadas pelo pai, em detrimento dos demais integrantes da família.

4.2.1. Afeto como valor jurídico

Se outrora a família era definida por parâmetros notadamente institucionais, que privilegiavam sua formação e manutenção, inclusive em detrimento de interesses de seus membros, a contemporaneidade assistiu à construção de um modelo

⁵¹⁵ “Essa idéia de proteção à família, presente no Código Civil francês e projetada para o sistema do Código Civil Brasileiro, conduziu até mesmo a sustentar-se que a “mentira jurídica” podia ser essencial à paz familiar” (FACHIN, Luiz Edson. Idem, p. 33).

organizacional distinto para as relações de parentesco. Os laços nos quais se entrelaçavam os papéis de cada membro da família, calcados essencialmente sobre vínculos biológicos e diversas formas de exercício de autoridade patriarcal, em uma relação orientada por uma lógica essencialmente subordinativa, foram profundamente redesenhados pela incorporação de novos valores sociais – convertidos em princípios jurídicos, pela Constituição Federal de 1988.

Dentre os diversos valores – desenvolvidos na sociedade e incorporados pelo ordenamento como fundamento da principiologia constitucional – que implicaram nesta série de relevantes modificações na conformação social e jurídica das famílias, a **afetividade** é o que merece maior destaque. A busca por um elemento unificador destinado ao alargamento do conceito de família, suficiente a compreender comunidades que como tal se reconhecem, e pela sociedade são reconhecidas, encaminhou a doutrina a concluir que:

“esse referencial só pode ser identificado na afetividade. É o envolvimento emocional que leva a subtrair um relacionamento do âmbito do direito obrigacional – cujo núcleo é a vontade – para inseri-lo no direito das famílias, que tem como elemento estruturante o sentimento de amor que funde as almas e confunde patrimônios, gera responsabilidades e comprometimentos mútuos”.⁵¹⁶

Impende ressaltar que, a *afetividade* (princípio jurídico e fonte de deveres de assistência das mais diversas ordens) não se confunde, tampouco pressupõe a existência de *afeto* (também denominada pela psicanálise como “afetividade real”, por se tratar de valor de índole subjetiva, emocional). Segundo Paulo Lôbo, nas relações paterno-materno-filiais e nas demais interações de parentesco, o dever jurídico da afetividade subsiste – desde o nascimento, até a morte ou à perda de poder familiar ou autoridade parental – mesmo diante da inexistência de qualquer amor ou afeição entre

⁵¹⁶ DIAS, Maria Berenice. Obra citada, p. 39. No mesmo sentido, sustenta Paulo Lôbo: “A família, tendo desaparecido suas funções tradicionais, no mundo do “ter” liberal burguês, reencontrou-se no fundamento da afetividade, na comunhão de afeto, pouco importando o modelo que adote, inclusive o que se constitui entre um pai ou mãe e seus filhos. A comunhão de afeto é incompatível com o modelo único, matrimonializado, que a experiência constitucional brasileira consagrou, de 1824 ate 1988” (In: **Princípio jurídico da afetividade na filiação**, p. 249)

os sujeitos. Apenas nas relações erótico-afetivas ocorre a vinculação da afetividade jurídica ao afeto, pois este é pressuposto da existência e manutenção de vínculos desta espécie. Assim, “*sem qualquer contradição, podemos nos referir a dever jurídico de afetividade oponível a pais e filhos e aos parentes entre si, em caráter permanente, independentemente dos sentimentos que nutram entre si, e aos cônjuges e companheiros enquanto perdurar a convivência*”.⁵¹⁷ Além disso, afeto e afetividade não se confundem com o conceito de “*affectio*” presente na expressão “*affectio maritalis*”, atrelada à noção de compromisso público de manutenção dos vínculos do matrimônio, o que se presumia no paradigma anterior, mesmo diante da inexistência de qualquer afeto ou afetividade.⁵¹⁸

O afeto se apresenta como um dos principais critérios de distinção entre modelos familiares patriarcal e eudemonista. Ao passo que, no primeiro, presumia-se o afeto pela certeza fornecida pelo vínculo jurídico – não se descurando que, à época, “*no embate entre o ter e o ser, o patrimônio fez prevalecer sua força em relação ao sentimento*”⁵¹⁹ – no segundo (e mais contemporâneo) modelo, este valor se torna o principal alicerce de constituição e fundamento de viabilidade e manutenção das entidades familiares.

No plano das relações erótico-afetivas – anteriormente fundadas, exclusivamente, no casamento, cuja manutenção preponderava sobre a realização pessoal dos cônjuges – a supremacia da atividade implica na construção de verdadeira “democracia sentimental”, na qual apenas se admite a constituição e manutenção destas uniões enquanto perdure um projeto de vida em comum, calcado no afeto e desejo mútuos, de onde ambos os envolvidos possam extrair felicidade e promover, dignamente, seus interesses existenciais. Nesta perspectiva, “*a família continua mais empenhada que nunca em ser feliz. A manutenção da família visa, sobretudo, buscar a*

⁵¹⁷ LÔBO, Paulo. **Socioafetividade no Direito de Família:** a Persistente Trajetória de um Conceito Fundamental, p. 9.

⁵¹⁸ CARBONERA, Silvana. Obra citada, p. 298.

⁵¹⁹ CARBONERA, Silvana. Idem, p. 309.

*felicidade, Não é mais obrigatório manter a família – ela só sobrevive quando vale a pena. É um desafio”.*⁵²⁰

No plano das relações de filiação, o princípio da afetividade deve sua ampliação ao processo de urbanização social, que resultou em uma diminuição do número de filhos por casal e, conseqüentemente, intensificou o convívio dos pais com cada um de seus filhos, que passaram a receber atenção mais individualizada do que ocorria em tempos anteriores, nos quais dedicação paterna havia de ser dividida por uma quantidade de filhos que, em muitos casos, beirava a dezena.

O estreitamento dos laços de convívio entre pais e filhos propiciou o cultivo de uma nova cultura familiar, fundada na solidariedade e no afeto – e não apenas no poder da autoridade. Inaugurou-se, aos poucos, uma cultura de democracia no interior do seio familiar, onde se passou a garantir espaço à participação e emancipação de todos os seus membros, sobretudo dos filhos. Este é o terreno mais fértil ao florescimento do afeto sentimental (afetividade real), nas relações entre pais e filhos.

A exegese das relações de filiação pela ótica da afetividade, da forma como foi apreendida da práxis familiar contemporânea pelo Constituinte de 1988, encontra respaldo nos demais valores e princípios característicos da vocação humanista da Constituição, sobretudo em quatro de suas diretrizes, assim identificadas por Paulo Lôbo:

“a) todos os filhos são iguais, independentemente de sua origem (art. 227, §6º); b) a adoção, como escolha afetiva, alçou-se integralmente ao plano da igualdade de direitos (art. 227, §§5º e 6º); c) a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes, incluindo-se os adotivos, tem a mesma dignidade de família constitucionalmente protegida (art. 226, §4º) d) a convivência familiar (e não a origem biológica) é prioridade absoluta assegurada à criança e ao adolescente (art. 227)”.

⁵²⁰ DIAS, Maria Berenice. Obra citada, p. 40. Daí porque, nesta perspectiva, “as pessoas que se unem em comunhão de afeto, não podendo, ou não querendo ter filhos, são família protegida pela Constituição” (LÔBO, Paulo. **Princípio jurídico da afetividade na filiação**, p. 250).

⁵²¹ LÔBO, Paulo. **Socioafetividade no Direito de Família: a Persistente Trajetória de um Conceito Fundamental**, p. 8.

Assim, para este autor, na perspectiva da Constituição de 1988:

“A paternidade é muito mais que o provimento de alimentos ou a causa de partilha de bens hereditários. Envolve a constituição de valores e da singularidade da pessoa e de sua dignidade humana, adquiridos principalmente na convivência familiar durante a infância e a adolescência. **A paternidade é múnus, direito-dever, construída na relação afetiva e que assume os deveres de realização dos direitos fundamentais da pessoa em formação “à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar” (art. 227 da Constituição). É pai quem assumiu esses deveres, ainda que não seja o genitor**”.⁵²² (Grifou-se).

O reconhecimento da afetividade como fundamento de vínculos de parentesco é ratificado, em sede infraconstitucional, pela redação da parte final do art. 1.593 do Código Civil de 2002 (“*o parentesco é natural ou civil, conforme resulte de consangüinidade ou outra origem*”). Esta outra origem é, por excelência, constituída pela afinidade e afetividade.⁵²³ Além disso, inclusão de vínculos de paternidade tipicamente socioafetiva, pois decorrentes de adoção (art. 39 e seguintes do ECA) e de recurso a técnicas de reprodução assistida mediante o emprego de material biológico de terceiros (art. 1.597, inc. V), amplifica a expressão da afetividade no Código.⁵²⁴

Seus principais efeitos, no direito de família, irradiam-se às esferas da solidariedade e cooperação – próprias à concepção eudemonista, que funcionaliza a instituição familiar pelo desenvolvimento da personalidade e dos interesses subjetivos legitimamente atrelados à dignidade de seus membros – da redistribuição dos papéis masculino e feminino à luz do princípio da igualdade; das consequências jurídicas das

⁵²² LÔBO, Paulo. Idem, p. 13.

⁵²³ DIAS, Maria Berenice. Obra citada, p. 307. No mesmo sentido: FACHIN, Luiz Edson. **Comentários ao Novo Código Civil**. Do Direito de Família, Do Direito Pessoal. Das Relações de Parentesco. V. XVIII, p. 22.

⁵²⁴ “*O que os cinco incisos do novo artigo 1.597 reafirmam é a consideração de duas matrizes, ou de dois liames, determinadores da presunção, reduzindo consideravelmente a fronteira carnal-voluntária da filiação, conduzindo os juristas a apreciar a filiação além do mero suporte biológico (modelo clássico) em proveito de uma paternidade de intenção (modelo contemporâneo), com larga incursão na afetividade*” (LEITE, Eduardo de Oliveira. **Bioética e presunção de paternidade** (Considerações em torno do art. 1.597 do Código Civil), p. 23).

técnicas de reprodução humana assistida e, sobretudo, da primazia da posse do estado de filiação, paralelamente à já referida abolição da categorização das “espécies” de filhos a partir de sua origem.

O princípio da afetividade se relaciona, por derivação, com princípio da dignidade da pessoa humana, sendo sua espécie.⁵²⁵ Íntima, ainda, sua conexão com o princípio da solidariedade, na medida em que também compreende deveres de assistência mútua e consideração recíproca entre todos os membros alguma das formas conhecidas de entidade familiar (matrimonial, biparental, monoparental, anaparental, dentre outras). Seu conteúdo não comporta delimitação *a priori*, pois é variável, no tempo, espaço e nas circunstâncias particulares de cada situação ou relação familiar sobre a qual incide.⁵²⁶ O elemento comum entre tais variantes reside nas funções exercidas pelo princípio, dentre as quais merecem destaque a ampliação do âmbito de reconhecimento dos filhos, com a correlata instituição da igualdade, bem como a instrumentalização da família, colocada a serviço da emancipação e realização de seus integrantes.

Por outro lado, o endosso jurídico da prevalência axiológica da verdade afetiva, em detrimento da verdade biológica, não pode conduzir ao cerceamento do direito do filho em perquirir sua ascendência genética.⁵²⁷ Nas hipóteses em que, mesmo diante da existência de uma filiação registral e afetiva (coincidentes ou não), o interessado busca, pela via judicial, a revelação de sua ascendência biológica, ocorre uma espécie de alargamento do âmbito da demanda, o que se faz necessário à adequada eleição do vínculo a preponderar em seu desfecho.

⁵²⁵ LÔBO, Paulo. **Socioafetividade no Direito de Família: a Persistente Trajetória de um Conceito Fundamental**, p. 13.

⁵²⁶ CARBONERA, Silvana. Obra citada, p. 310. Conforme explica Belmiro Pedro Welter: “*Isso significa que, em matéria de Direito de Família, não é possível fixar-conceito metafísico, dogmático, pré-ordenando todas as decisões judiciais, mas, sim, examinar as circunstâncias de cada caso, a singularidade, a historicidade dos fatos, e não a pluralidade do caso (...)*” (In: **Igualdade entre as filiações biológica e afetiva**, p. 65).

⁵²⁷ “*Em hipótese alguma cabe obstaculizar o uso da via judicial para a identificação da verdade biológica. A existência da filiação registral, o simples fato de algum dia alguém ter feito o registro de uma criança como sendo seu filho, não pode impedi-lo de buscar a descoberta de sua ascendência biológica*”. (DIAS, Maria Berenice. Obra citada, p. 322.).

A conjugação da conformação contemporânea da verdade afetiva com a descendência biológica ou registral envolvendo pessoas distintas implica em reconhecer que, na concorrência entre estas verdades (um filho, vários “pais”), a pretensão do autor ao reconhecimento da paternidade jurídica calcada na verdade biológica deve ser duplamente instruída: por um lado, com provas da ascendência genética e, por outro, com provas da inexistência de vínculos socioafetivos com terceiro, mesmo que, para tanto, o pai registral e o afetivo (ou adotivo, em sendo o caso) tenham de integrar a demanda na condição de litisconsortes necessários. Em concorrência com a verdade biológica, perquirida na demanda, a paternidade socioafetiva já existente – e tornada pública pela posse de estado – pode prevalecer a ponto de imprimir ao provimento investigatório uma eficácia meramente declaratória do liame genético, sem efeitos constitutivos de vínculo jurídico de paternidade e de outorga dos direitos e demais situações subjetivas existenciais que lhe são peculiares. *“Assim, ainda que detenha o autor a posse de estado de filho, tal não obsta a propositura da ação visando a descoberta da verdade biológica. Só impede que se produza a alteração no assento de nascimento do investigante”*. Com efeito, *“precisa ser assegurado ao autor o direito de conhecer suas origens, sem que essa identificação importe em desconstituição da filiação jurídica ou socioafetiva, pois não se pode valorar a identidade biológica sobre os laços afetivos”*.⁵²⁸ Esta tensão foi enfrentada pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, que assim se posicionou:

“INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE. IMPRESCRITIBILIDADE. FILIAÇÃO SOCIOAFETIVA E BIOLÓGICA. EFEITOS. Validade da sentença. Não há falar de nulidade da sentença por ter ocorrido sucinta fundamentação da decisão, a qual afastou as preliminares argüidas quando decidiu pela procedência da ação. Desnecessário ter havido processo prévio para anulação do registro de nascimento da recorrida. Prescrição. Proibindo a norma constitucional (art.227, §6º) qualquer designação discriminatória relativa à filiação, não se pode conceber da existência de prazo prescricional para averiguação da verdade biológica ao filho que possua pai registral, constituindo direito fundamental a dignidade

⁵²⁸ DIAS, Maria Berenice. Obra citada, p. 323

da sua pessoa. Mérito. Da filiação socioafetiva. Reconhecida a filiação socioafetiva, a investigação de paternidade procedente não desconstitui o registro paternal, pois a prevalência da socioafetividade faz com que o conhecimento da paternidade biológica não gere seqüela patrimonial. Afastada a mercantilização do afeto. Verba sucumbencial redimensionada. APELO PARCIALMENTE PROVIDO. POR MAIORIA”.⁵²⁹

Conforme ressalta Paulo Lôbo, a investigação pode ter por finalidade substituir a paternidade afetiva pela paternidade biológica recém-declarada, mas sim a de atribuir um pai a quem nunca teve. A partir desta premissa, conjugada com a já anunciada despatrimonialização do direito de família, há que se promover uma adequada conjugação entre os valores de ordem subjetiva e patrimonial nas hipóteses em que se discuta a tutela de bens materiais a partir da descendência (o que ocorre na herança, como exemplo mais expressivo). Para o autor, nesta hipótese, não pode haver sucessão hereditária entre um filho que já tenha um pai socioafetivo e seu genitor biológico, sendo razoável apenas atribuir-lhe um crédito referente ao dano causado pelo genitor biológico falecido, que descumprira, em vida, os deveres inerentes à paternidade (educação, sustento, assistência moral, convivência familiar, dentre outros), em valor equivalente ao de uma cota hereditária.⁵³⁰

Por se tratar de princípio, o império da afetividade nas relações de filiação é orientado pela sua conformação com os demais valores, regras e princípios da ordem

⁵²⁹ TJRS - Apelação Cível Nº 70004510483, Oitava Câmara Cível. Relator: Rui Portanova, Julgado em 31/10/2002.

⁵³⁰ LÔBO, Paulo. **Socioafetividade no Direito de Família**: a Persistente Trajetória de um Conceito Fundamental, p. 20. A questão foi enfrentada pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, que se posicionou em sentido contrário ao defendido por este autor:

“INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE. PATERNIDADE REGISTRAL. LAPSO TEMPORAL E PATERNIDADE SOCIOAFETIVA. LEGITIMAÇÃO PASSIVA. 1. Tem legitimidade para contestar ação de investigação de paternidade qualquer pessoa que demonstre justo interesse. Inteligência do art. 1.615 do Código Civil. 2. As normas legais que estabelecem limite temporal ao exercício do direito de desconstituir a paternidade registral visam consolidar a paternidade socioafetiva, sendo também um imperativo de equilíbrio, segurança e estabilidade social. Inteligência do art. 1.614 do CCB. 3. Mostra-se flagrantemente descabida a investigação de paternidade com o propósito manifesto de obter herança do pai biológico, quando resta consolidada a relação jurídica de paternidade socioafetiva com o pai registral. Recurso desprovido”. (Grifou-se) (Apelação Cível Nº 70022449524, Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves, Julgado em 26/03/2008).

constitucional, o que se opera mediante ponderação. Dentre os princípios conformadores da afetividade na filiação, o que se apresenta com maior relevância é o da promoção do melhor interesse dos filhos, sobretudo em se tratando de crianças e adolescentes.⁵³¹ Segundo Rose Melo Vencelau, “*fundamentada no papel que a Constituição Federal confere à paternidade no art. 227, a posse de estado de filho reflete o melhor interesse da criança, princípio que deve ser atendido no eventual conflito entre critérios*”.⁵³²

A aferição do melhor interesse da criança é critério legítimo de hermenêutica e concreção de conteúdo da afetividade na exegese entre verdades em conflito, além de

⁵³¹ Da jurisprudência do Tribunal de Justiça de Minas Gerais, colhem-se os dois seguintes precedentes, que contemplam resultados opostos a partir de uma mesma premissa – proteção ao melhor interesse da criança:

“*APELAÇÃO CÍVEL - DIREITO DE FAMÍLIA - REIVINDICAÇÃO DA PATERNIDADE - EXAME DE DNA COMPROBATÓRIO - PATERNIDADE BIOLÓGICA X PATERNIDADE SÓCIO-AFETIVA - ALTERAÇÃO DO REGISTRO DE NASCIMENTO - POSSIBILIDADE - GUARDA - PRINCÍPIO DO MELHOR INTERESSE DO MENOR. - O reconhecimento dos filhos, por meio de registro público, é irrevogável, no entanto, tal fato não implica na vedação de questionamentos em torno da filiação, desde que haja elementos suficientes para buscar a desconstituição do reconhecimento anteriormente formulado. - O exame de DNA, por ter como resultado um erro essencial sobre o estado da pessoa, é capaz de desconstituir o registro de nascimento, pois, derruba, por completo, a verdade jurídica nele estabelecida. - Na hipótese de conflito entre a paternidade biológica e a socioafetiva, no que se refere à guarda do menor, deve-se priorizar aquela em detrimento desta, se, pelo conjunto probatório, o julgador não verificar caracterizada a relação de afeto, em atenção ao Princípio do Melhor Interesse da Criança*”. (Grifou-se) (TJMG – Apelação Cível nº 1.0525.08.133686-5/001(1). 4ª Câmara Cível. Rel. Des. Dárcio Lopardi Mendes. DJ: 30/03/2010).

“*AÇÃO DE INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE - EXAME DE DNA - PATERNIDADE SÓCIO AFETIVA. - Apesar do resultado negativo do exame de DNA, deve ser mantido o assento de paternidade no registro de nascimento, tendo em vista o caráter sócio afetivo da relação que perdurou por aproximadamente vinte anos, como se pai e filha fossem*”. (TJMG – Apelação Cível nº 1.0105.02.060668-4/001(1). 8ª Câmara Cível. Rel. Des. Teresa Cristina da Cunha Peixoto).

⁵³² VENCELAU, Rose Melo. Obra citada, p. 132. No mesmo sentido, posiciona-se Jacqueline Filgueras Nogueira, para quem “*não são os laços de sangue nem as presunções jurídicas que estabelecem um vínculo entre uma criança e seus pais, mas o tratamento diário de cuidados, alimentação, educação, proteção e amor, que cresce e se fortifica com o passar dos dias. (...) Assim, em ocorrendo conflito entre paternidades, deve a criança permanecer com seus “pais de coração”, independentemente de eles serem ou não seus pais biológicos*” (In: Obra citada, p. 113-114).

Para aprofundamento da compreensão do princípio, recomenda-se: BARBOZA, Heloisa Helena. **O princípio do Melhor Interesse da Criança e do Adolescente**, p. 201-213 e PEREIRA, Tânia da Silva. **O Princípio do Melhor Interesse da criança: da Teoria à Prática**, p. 215-234. Ambos os trabalhos estão publicados em: PEREIRA, Rodrigo Da Cunha (Coord.). **Anais do II Congresso Brasileiro de Direito de Família: a família na travessia do milênio**. Belo Horizonte: Del Rey, 2000.

guardar plena harmonia com a vocação humanista e solidarista ostentada pela Constituição Federal da 1988. Conforme destaca Gustavo Tepedino:

“No que tange à filiação, o extenso conjunto de preceitos reguladores do regime patrimonial da família passa a ser informado pela prioridade absoluta dada à pessoa do filho. O critério hermenêutico, sintetizado na fórmula anglo-saxônica “The best interest of child”, colhido por nossa mais sensível jurisprudência, adquire, entre nós, conteúdo normativo específico, informado pela cláusula geral de tutela da pessoa humana introduzida pelo art. 1º, III, CF e determinado especialmente no art. 6º da Lei nº 8.069/90”.⁵³³

A conjugação entre a verdade socioafetiva e o melhor interesse da criança é, de fato, relevante, pois uma das razões a justificar a afirmação da primeira é, justamente, a realização do segundo. Entretanto, esta conjugação não ocorre de modo absoluto. Há casos em que, devidamente sopesadas às circunstâncias concretas, a ascendência biológica ou jurídica poderão realizar em mais ampla extensão o melhor interesse dos filhos, o que deverá implicar na superação da verdade socioafetiva. Daí porque há que se tomar a devida precaução para não se utilizar da prioridade desfrutada pelo melhor interesse da criança (prioridade absoluta, segundo Tepedino), como fundamento a dedução da prevalência absoluta da vinculação socioafetiva, sob pena de, paradoxalmente, descurar-se do melhor interesse dos filhos.

4.2.2. Coisa julgada

O conflito de verdades na perspectiva constitucional há de ser enfrentado, ainda, na dimensão da coisa julgada (art. 5º, inc. XXXVI da CF) oriunda dos efeitos da sentença proferida em ações investigatórias e negatórias de paternidade.

A discussão ganhou relevo a partir do desenvolvimento dos exames genéticos de vínculos de descendência, sobretudo do exame de DNA. O surgimento de instrumentos capazes de revelar, de forma inequívoca, a verdade biológica, levou os especialistas a questionar os efeitos das sentenças proferidas em demandas processadas

⁵³³ TEPEDINO, Gustavo. **A Disciplina Jurídica da Filiação na Perspectiva Civil-constitucional**, p. 395-397.

anteriormente ao implemento do exame de DNA: pela falta de prova inequívoca (posteriormente viabilizada pelo exame), poder-se-ia afirmar ou negar, de modo definitivo, a existência de vínculos biológicos de paternidade? A sentença que assim dispusesse, teria seus efeitos sedimentados por força da coisa julgada material? O posterior desenvolvimento de meios de prova praticamente infalíveis, bem como a facilitação ao seu acesso, teriam aptidão a negar o caráter definitivo daquelas sentenças, ou, ainda, a relativizar a coisa julgada delas decorrentes?

Os partidários da resposta positiva partem do pressuposto de que a falta de provas suficientes a responder, em definitivo, a existência ou inexistência de vínculos biológicos de filiação não pode conduzir a uma sentença resolutiva de mérito (art. 269 do CPC) que declare tal condição. Na demanda investigatória em que o autor não logra comprovar que é filho do réu, a sentença de improcedência não pode declarar a inexistência do vínculo de filiação se, por falta de provas, não foi possível avaliar-se de modo satisfatório, a verdade biológica. Nestas hipóteses, segundo Maria Berenice Dias, está-se diante de falta de pressuposto eficaz ao desenvolvimento regular do processo, que deveria conduzir a sua extinção sem resolução de mérito (art. 267, inc. IV do CPC), de modo a possibilitar, no futuro, um novo ajuizamento da demanda, a partir de provas mais robustas.⁵³⁴ A questão já foi, nestes termos, enfrentada pelo Superior Tribunal de Justiça:

“PROCESSO CIVIL. INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE. PROPOSITURA DE AÇÃO ANTERIORMENTE AJUIZADA, QUE TEVE SEU PEDIDO JULGADO IMPROCEDENTE PELO NÃO COMPARECIMENTO DA REPRESENTANTE LEGAL DO INVESTIGANDO À AUDIÊNCIA DE INSTRUÇÃO. CONFISSÃO. COISA JULGADA. AFASTAMENTO. DIREITO INDISPONÍVEL. I - Na primitiva ação de investigação de paternidade proposta, a improcedência do pedido decorreu de confissão ficta pelo não comparecimento da mãe do investigando à audiência de instrução designada. Considerando, assim, que a paternidade do investigado não foi expressamente excluída por real decisão de mérito, precedida por produção de provas, impossível se mostra cristalizar como coisa julgada material a inexistência do estado de filiação, ficando

⁵³⁴ DIAS, Maria Berenice. Obra citada, p. 329.

franqueado ao autor, por conseguinte, o ajuizamento de nova ação. É a flexibilização da coisa julgada. II – Em se tratando de direito de família, acertadamente, doutrina e jurisprudência têm entendido que a ciência jurídica deve acompanhar o desenvolvimento social, sob pena de ver-se estagnada em modelos formais que não respondem aos anseios da sociedade. Recurso especial conhecido e provido”.⁵³⁵

Os principais fundamentos invocados pelos partidários da relativização da coisa julgada em sede de investigação de paternidade versam sobre a infalibilidade do resultado do exame de DNA, sobre a existência de um direito ao conhecimento da ascendência genética e sobre o interesse social envolvido na revelação da verdade biológica.⁵³⁶ Em 2001, o Superior Tribunal de Justiça enfrentou a questão do seguinte modo:

“PROCESSO CIVIL. INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE. REPETIÇÃO DE AÇÃO ANTERIORMENTE AJUIZADA, QUE TEVE SEU PEDIDO JULGADO IMPROCEDENTE POR FALTA DE PROVAS. COISA JULGADA. MITIGAÇÃO. DOCTRINA. PRECEDENTES. DIREITO DE FAMÍLIA. EVOLUÇÃO. RECURSO ACOLHIDO. I – Não excluída expressamente a paternidade do investigado na primitiva ação de investigação de paternidade, diante da precariedade da prova e da ausência de indícios suficientes a caracterizar tanto a paternidade como a sua negativa, e considerando que, quando do ajuizamento da primeira ação, o exame

⁵³⁵ REsp 427117/MS, Rel. Ministro Castro Filho, Terceira Turma, julgado em 04/11/2003, DJ 16/02/2004, p. 241. Em sentido contrário, já havia se posicionado o mesmo Tribunal:

“I - A insuficiência ou falta de provas acarreta a improcedência do pedido, não a extinção do processo sem julgamento de mérito. II - Como doutrina Humberto Teodoro Júnior, "o juiz não pode eternizar a pesquisa da verdade, sob pena de inutilizar o processo e de sonegar a Justiça postulada pelas partes". Assim, "se a parte não cuida de usar das faculdades processuais e a verdade real não transparece no processo, culpa não cabe ao juiz de não ter feito a Justiça pura, que, sem dúvida é a aspiração das partes e do próprio Estado. Só às partes, ou às contingências do destino, pode ser imputada semelhante deficiência". (REsp 330172/RJ, Rel. Ministro Sálvio De Figueiredo Teixeira, Quarta Turma, julgado em 18/12/2001, DJ 22/04/2002, p. 213)

⁵³⁶ “Não se pode sustentar haver verdade e, em consequência, justiça na manutenção de uma, por assim dizer, verdade originada de decisão judicial, ainda que resguardada pela força da coisa julgada, que se distancia tanto da realidade biológica como da social e afetiva, motivo pelo qual há de se buscar caminhos para a eliminação de tais contradições. Com toda a certeza, isso se insere entre as atividades do magistrado, ainda que enfocadas sob o ângulo da ideologia e da busca da concretização do ideal de ser feita a justiça” (NICOLAU JR., Mauro. Obra citada, p. 128). No mesmo sentido: WELTER, Belmiro Pedro. **Relativização do princípio da coisa julgada na investigação de paternidade**, p. 86.

pelo DNA ainda não era disponível e nem havia notoriedade a seu respeito, admite-se o ajuizamento de ação investigatória, ainda que tenha sido aforada uma anterior com sentença julgando improcedente o pedido. II – Nos termos da orientação da Turma, "sempre recomendável a realização de perícia para investigação genética (HLA e DNA), porque permite ao julgador um juízo de fortíssima probabilidade, senão de certeza" na composição do conflito. Ademais, o progresso da ciência jurídica, em matéria de prova, está na substituição da verdade ficta pela verdade real. III – A coisa julgada, em se tratando de ações de estado, como no caso de investigação de paternidade, deve ser interpretada *modus in rebus*. Nas palavras de respeitável e avançada doutrina, quando estudiosos hoje se aprofundam no reestudo do instituto, na busca sobretudo da realização do processo justo, "a coisa julgada existe como criação necessária à segurança prática das relações jurídicas e as dificuldades que se opõem à sua ruptura se explicam pela mesmíssima razão. Não se pode olvidar, todavia, que numa sociedade de homens livres, a Justiça tem de estar acima da segurança, porque sem Justiça não há liberdade". IV – Este Tribunal tem buscado, em sua jurisprudência, firmar posições que atendam aos fins sociais do processo e às exigências do bem comum".⁵³⁷

Os autores que defendem a relativização sustentam, ainda, que, nos casos em que a primeira demanda tenha sido julgada à época em que não era viável a realização do DNA, sua posterior obtenção pode configurar "*documento novo, cuja existência [o autor] ignorava, ou de que não pôde fazer uso, capaz, por si só, de lhe assegurar pronunciamento favorável*", estipulado pelo art. 485, inc. VIII do CPC como suporte ao ajuizamento de ação rescisória. Sustenta-se, ainda, que nas ações de paternidade processadas após o desenvolvimento do DNA, a não realização da prova genética implicaria em violação literal ao disposto no art. 130 do CPC (que incumbe o juiz de determinar, inclusive de ofício, as provas necessárias à instrução do processo), dando azo ao ajuizamento da rescisória com fulcro no inc. V do art. 485 do CPC.⁵³⁸

Todavia, recentemente, a Segunda Seção do STJ firmou entendimento no sentido de que a "segurança jurídica" deve prevalecer, de modo a obstar a relativização

⁵³⁷ REsp 226436/PR, Rel. Ministro Sálvio De Figueiredo Teixeira, Quarta Turma, julgado em 28/06/2001, DJ 04/02/2002, p. 370).

⁵³⁸ NICOLAU JR., Mauro. Obra citada, p. 134.

da coisa julgada, ainda que se postule o emprego de meios mais modernos de prova destinados à revelação da ascendência genética.⁵³⁹ Tal entendimento, veio, a partir de então, sendo acompanhado pelas cortes estaduais.

Uma segunda corrente teórica propõe uma diferenciação entre duas situações distintas envolvendo a relativização da coisa julgada oriunda de sentença proferida em investigação de paternidade. Nos casos em que se pretenda constituir um vínculo de paternidade inexistente, ou seja, quando o filho não tenha estabelecido vínculos de qualquer natureza com um pai, recomenda-se a admissão da mutabilidade da coisa julgada operada por sentença que, na primeira investigatória, tenha julgado improcedente a pretensão, especialmente por falta de prova robusta.

Por outro lado, nos casos em que o interessado desfrute da posse de estado de filho, ou “*quando o filho já tiver um pai jurídico (biológico ou afetivo), essa perfilhação é irrevogável*”, ressalvada a possibilidade – que será posteriormente exposta – de averiguação judicial da ascendência genética com efeitos meramente declaratórios, sem eficácia na constituição de vínculos jurídicos de paternidade.⁵⁴⁰ Assim, diante da existência da paternidade socioafetiva ostentada pela posse de estado de filiação, não se recomenda a relativização da coisa julgada com fins de constituição de nova paternidade, diante da irrevogabilidade da primeira.

Em nome da proteção ao melhor interesse da criança e da promoção dos princípios constitucionais da dignidade e da solidariedade, a relativização da coisa julgada também não deve ser estendida à ação negatória de paternidade, sobretudo nas hipóteses em que, por força da sentença proferida na primeira demanda, tenham sido constituídos vínculos socioafetivos entre as partes. Nestes casos, deve ocorrer um alargamento do objeto da demanda, incumbindo-se o autor de provar não apenas a inexistência de vínculos biológicos (o que não se aperfeiçoou na primeira demanda),

⁵³⁹ AgRg no REsp 899.981/MG, Rel. Ministro Vasco Della Giustina (Desembargador Convocado do TJ/RS), Terceira Turma, julgado em 24/08/2010, DJe 01/09/2010). No mesmo sentido: AgRg no REsp 363558 e AgRg no REsp 895545 / MG.

⁵⁴⁰ WELTER, Belmiro Pedro. **Relativização do princípio da coisa julgada na investigação de paternidade**, p. 88.

mas, igualmente, a inexistência de manutenção de vínculos socioafetivos de convivência.⁵⁴¹

A despeito da não realização do exame de DNA no primeiro processo, a subsequente vinculação socioafetiva entre os demandantes – caracterizada pelo exercício das funções e deveres pelo pai e a correlata obediência pelo filho, no gozo da posse de estado – deve obstar futura pretensão judicial de desconstituição de tais vínculos (constitucionalmente privilegiados), com base na mera insurgência contra a fragilidade das provas utilizadas, em um primeiro momento, para fundamentar a “verdade biológica” declarada em sentido positivo ou negativo. Ressalte-se que tal hipótese não se confunde com a negatória de paternidade baseada em erro ou falsidade do registro (art. 1.604 do Código Civil).⁵⁴²

Desta forma, pode-se concluir que a relativização da coisa julgada deve operar como um excepcional instrumento de salvaguarda dos interesses do filho na constituição de vínculos com um pai, e não para a satisfação da pretensão de interesses daquele que busque se desvincular da condição de pai pela descoberta de modos mais seguros de impugnação da verdade biológica.

4.2.3. Exegese de verdades

Em matéria de filiação, como visto, o predomínio das verdades biológica e jurídica serve a propósitos que nem sempre coincidem com aqueles perseguidos pela família eudemonista – realização pessoal de cada membro do grupo familiar – e, não raramente, prestam-se ao atendimento de interesses de índole essencialmente patrimonial, atrelados a alimentos e direitos sucessórios, orientados por uma estrutura

⁵⁴¹ Em outras palavras, “*para a ação ter sucesso, precisa comprovar que, além de inexistir o vínculo biológico, também não existe a filiação socioafetiva, não desfrutando da posse de estado. Só nessa hipótese a ação terá sucesso*” (DIAS, Maria Berenice. Obra citada, p. 325).

⁵⁴² Em sentido contrário, registra-se julgamento de caso de pai que havia registrado filho como seu em erro, exercitando, em um primeiro momento, a paternidade socioafetiva, em que o Tribunal de Justiça do Distrito Federal relativizou a posse do estado de filho e fez prevalecer a verdade biológica, sob o fundamento de que “*para que exista a paternidade socioafetiva, é necessário o preenchimento de dois requisitos: a) inexistência de vício de consentimento; b) que o pai trate o filho como seu, de modo a assim ser havido em sociedade*”, além de que “*não se pode impor os deveres de cuidado, carinho e sustento a alguém que não sendo pai biológico, também não deseja ser pai socioafetivo*” (TJDFT - Proc. 20080310179926 - Rel. Des. João Egmont Leôncio Lopes - DJe 19.08.2010).

patriarcal de subordinação que teve seu ápice no contexto social do início do século passado, fruto de séculos de experiência. A seu turno, a posse de estado de filho não se presta à ratificação dos critérios jurídico e biológico, mas busca traduzir vínculos sociais de paternidade e maternidade calcados na afetividade, responsabilidade e exercício notório de prerrogativas e deveres próprios à condição de pais.

Todavia, é preciso se ter em mente que a posse de estado de filho é insuficiente a resolver todos os conflitos de paternidade. É preciso evitar o apego a esta circunstância, bem como, a conclusão de que sua prevalência seria a melhor resposta a qualquer caso, sob pena de se incorrer nos mesmos equívocos de outrora, quando se proclamava a verdade jurídica (e, posteriormente, a biológica) como a resposta definitiva ao esclarecimento da filiação.⁵⁴³

Sem embargo, do mesmo modo como as verdades jurídica, biológica e contratual, unitariamente consideradas, apresentaram-se insuficientes à revelação e constituição definitivas de vínculos de paternidade ou maternidade, a verdade socioafetiva, por si, também o é. A despeito da prevalência desfrutada por este vínculo no contexto da família eudemonista e da racionalidade constitucionalmente vigente, sua incidência não pode operar de modo absoluto, sob risco de se contrariar os propósitos encampados pela própria axiologia humanista que lhe alicerça. Partindo-se da premissa de que a existência humana se realiza em dimensões biológicas e culturais interdependentes,⁵⁴⁴ pode-se chegar à conclusão de que a família se define da mesma forma, ou seja, é uma “instituição biocultural”. Esta afirmação retira razão dos discursos sobre parentesco calcados exclusivamente em vínculos biológicos de

⁵⁴³ FACHIN, Luiz Edson. **Estabelecimento da filiação e paternidade presumida**, p. 153.

⁵⁴⁴ “O homem é um ser totalmente biológico porque nada do que participa da cultura humana escapa à vida: “a afetividade, a inteligência, a faculdade de escolha, expressões culturais provenientes duma evolução animal e duma ontogênese biológica, constituem realidades vivais e vitais”. Nesse sentido, a cultura é o fruto de um desdobramento biológico. Por outro lado, o homem é um ser totalmente cultural porque “tudo o que é biológico no homem está ao mesmo tempo embebido, enriquecido, misturado de cultura, e faz parte da cultura: comer, beber, dormir, sonhar, reproduzir-se, nascer, morrer”. A própria ideia de natureza biológica exprime uma necessidade cultural. Enfim, o ser humano é humano porque é plena e totalmente vivo, sendo plena e totalmente cultural” (SILVA, Reinaldo Pereira e. **Ascendência Biológica e Descendência Afetiva: Indagações Biojurídicas sobre a Ação de Investigação de Paternidade**, p. 172).

descendência e também daqueles fundados na prevalência absoluta da socioafetividade. Segundo Reinaldo Pereira e Silva:

“Ambas as posições, também porque simplificam em excesso a complexidade do enraizamento biológico e das referências culturais do homem, reduzindo a noção de paternidade a aspectos parciais do entrelaçamento biocultural que é a família, potencializam soluções que não levam em consideração, ao mesmo tempo, os interesses do pai e do filho”.⁵⁴⁵

O desafio que se atribui ao intérprete é a exegese destas verdades, ou seja, a apreensão da complexidade da sua incidência no caso concreto e a correlata dosimetria de seu valor, a partir de uma ponderação realizada com base na proporcionalidade, a partir da tábua axiológica encampada pela Constituição Federal; e, por fim, a eleição da prevalência de ou mais vínculos de paternidade ou maternidade em torno dos sujeitos envolvidos, com vistas a promover, com máxima amplitude, os propósitos constitucionalmente imputados à família e à filiação, especialmente no que se refere à salvaguarda do melhor interesse de todos os envolvidos e, sobretudo, dos filhos.

A exegese dos vínculos em confronto em torno de um mesmo sujeito reclama, segundo Luiz Edson Fachin, a superação do próprio fim do biologismo, outrora causado pela prevalência atribuída à afetividade redescoberta, com vistas a “*encontrar, na tese (conceito biologista) e na suposta antítese (conceito sócio-afetivo) espaço de convivência e também de dissociação*”. Nem apenas uma, nem apenas outra resposta há de prevalecer de modo previamente definitivo: o desafio reside, justamente, na

⁵⁴⁵ SILVA, Reinaldo Pereira e. Idem, p. 173. Belmiro Pedro Welter vai além: partindo da premissa de que a condição humana é tridimensional (“*genética e afetiva e ontológica*”), afirma que todos os efeitos jurídicos (alimentos/herança, poder-dever familiar, parentesco, guarda. etc.) de ambas as paternidades concorrentes (biológica e afetiva) devem ser outorgados ao filho. (In: **Teoria Tridimensional no Direito de Família: Reconhecimento de todos os Direitos das Filiações Genética e Socioafetiva**, p. 113). Conclui o autor: “*Não reconhecer as paternidades genética e socioafetiva, ao mesmo tempo, com a concessão de ‘todos’ os efeitos jurídicos, é negar a existência tridimensional do ser humano, que é reflexo da condição e da dignidade humana, na medida em que a filiação socioafetiva é tão irrevogável quanto a biológica, pelo que se deve manter incólumes as duas paternidades, com o acréscimo de todos os direitos, já que ambas fazem parte da trajetória da vida humana*” (In: Idem, p. 122).

conjugação da pluralidade, a ser operado não pelo culto à verdade (biológica, jurídica, contratual ou afetiva), mas pelo culto à humanidade, à dignidade e demais valores fundamentais envolvidos na relação familiar, tais como o são a solidariedade, o melhor interesse dos filhos, o direito à paternidade e à convivência familiar. Em suma:

“Ambivalência e equilíbrio são a chave para um enigma ainda a decifrar. À luz das transformações contemporâneas em busca da verdadeira paternidade, cancelada a crise e a superação do sistema clássico e o fim da “mentira jurídica”, já propusemos* o encontro entre a verdade jurídica e a verdade sociológica para uma base ambivalente no sistema da filiação”.⁵⁴⁶

Daí porque se faz necessário que, na exegese dos diversos critérios de estabelecimento da filiação, a ser realizada no âmbito do caso concreto, seja ponderado o maior número possível de circunstâncias e interesses em questão, à luz das diretrizes axiológicas, principiológicas e normativas da ordem constitucional – tais como a dignidade, solidariedade, igualdade entre filhos e cônjuges, direito à convivência familiar, direitos e melhor interesse da criança, dentre diretrizes humanitárias – para que, ao final, revele-se um ponto de equilíbrio legítimo entre as diversas verdades, que se revele suficiente à justa satisfação dos interesses de cada envolvido, na medida da relevância axiológica de cada sorte de interesse.

4.3. Filiação na reprodução humana assistida

O campo da reprodução humana assistida – anteriormente enfrentada sob a ótica dos avanços clínicos e respectiva apreensão bioética e jurídica – é um dos terrenos mais propícios ao confronto de verdades distintas, mas coexistentes em torno de um mesmo sujeito. Especialmente nas circunstâncias que demandam doação de gametas ou gestação por substituição, registra-se um grande número de exemplos de descompasso entre verdades simultaneamente relevantes (jurídica, biológica e afetiva)

⁵⁴⁶ FACHIN, Luiz Edson, **Paternidade e ascendência genética**, p. 172. A referência indicada pelo asterisco (*) remete aos capítulos 7 e 8 da obra *Estabelecimento da Filiação e Paternidade Presumida*, do mesmo autor.

coexistentes,⁵⁴⁷ o que se revela propício à operacionalização da metodologia que, até então, se propôs.

4.3.1. Inseminação artificial homóloga

Por força do art. 1.597, inc. III do Código Civil, presume-se a paternidade do marido sobre os filhos de sua esposa concebidos por inseminação artificial homóloga, mesmo após o seu falecimento. Trata-se da presunção mais evidente e consentânea com os outros dois vínculos envolvidos (biológico e afetivo), o que conduz parte da doutrina a afirmar seu caráter absoluto.

Pelo emprego de material genético exclusivo do casal, a inseminação artificial homóloga resulta na geração de filho biologicamente vinculado a ambos, portando a metade de carga genética de cada ascendente, tal como ocorreria se sua concepção ocorresse por relação sexual. Ademais, a procura voluntária da técnica, pelo casal, revela a busca pela construção de um projeto parental, que restou prejudicado por alguma sorte de causa impeditiva da reprodução ordinária. O emprego de elevada carga de recursos (pessoais, emocionais e financeiros) na realização deste projeto parental – que, geralmente, demanda longo período de tratamento – evidencia louvável vocação dos interessados à efetivação de seu projeto reprodutivo, além de uma maior consciência da responsabilidade envolvida no feito, em comparação aos casais “surpreendidos” com uma gravidez indesejada, ou que se buscava evitar.

Por consequência, o vínculo jurídico que atribui aos pacientes da inseminação artificial homóloga a condição de pai e mãe do filho assim gerado coincide, com absoluto grau de certeza, ao vínculo biológico e, não obstante, confirma os vínculos socioafetivos de filiação entre os envolvidos. Por força desta conjugação, não subsiste qualquer razão apta a desconstituição dos vínculos havidos entre pais e filhos, o que

⁵⁴⁷ Espécie típica de conflito: “*O marido estéril consentiu na inseminação artificial da mulher; posteriormente, dela se separou de fato. A mãe passou a viver em união estável com outro homem, o qual deferiu à criança tratamento de filho. A quem essa criança designará por pai? Pela presunção legal de paternidade, pai jurídico é o marido da mãe. Segundo a origem genética, é pai biológico o doador. E, de acordo com a verdade socioafetiva da filiação, é aquele que tem relação paterno-filial calcada na posse de estado de filho*” (FACHIN, Luiz Edson. **Da paternidade** – Relação biológica e afetiva, p. 51).

imprime um caráter superiormente absoluto à presunção estipulada pelo art. 1.597, inc. III do Código Civil.

Questão relevante no campo da inseminação artificial homóloga é a relativa a troca de sêmen pela instituição de reprodução assistida. Nesta hipótese, seria legítima a impugnação da paternidade pelo marido, com base na inexistência de vínculos biológicos entre ele e o filho concebido por sua esposa?

Duas respostas se apresentam. A primeira implicaria em reconhecer tal legitimidade, permitindo-se ao marido que, pela via da negatória de paternidade, se destituisse de tal função, provando a inexistência de vínculos biológicos. Contudo, trata-se de solução manifestamente insustentável, por uma série de razões: por se tratar de uma espécie de inseminação heteróloga (devida à troca do sêmen), diante do anonimato do “doador”, aliado à impossibilidade de atribuição de paternidade ao terceiro, o filho restaria, por consequência, sem pai; ademais, a situação implicaria em flagrante violação ao melhor interesse da criança, frustrando seu direito à convivência familiar e o provimento de suas necessidades básicas de educação, cuidado e afeto paterno; o filho seria, efetivamente, concebido na constância do casamento por inseminação artificial homóloga, mas não teria o marido da mãe como pai, em violação à regra do art. 1.597 do Código Civil; seria injustificadamente descartado, por fim, todo o vínculo socioafetivo de paternidade eventualmente construído entre os envolvidos, até que se descobrisse a falha operada pela clínica de reprodução.

Por todo o exposto, uma segunda solução é a que se impõe, por se apresentar se mais coerente à escala axiológica constitucionalmente vigente. A despeito da revelação da troca de sêmen pela instituição clínica, deve-se considerar o risco assumido pela execução artificial do projeto parental, e se rejeitar a negatória de paternidade – com vistas a afirmar todos os direitos e princípios acima descritos e se promover o melhor interesse do filho assim gerado – sem prejuízo da apuração das responsabilidades,⁵⁴⁸ e eventual resolução da questão sob a forma de perdas e danos.

⁵⁴⁸ LEITE, Eduardo de Oliveira. **Procriações Artificiais e o Direito**, p. 394.

4.3.2. Inseminação artificial post mortem

A legislação civil prevê a inseminação artificial *post mortem* apenas na modalidade homóloga (art. 1.597, inc. III do Código Civil), até porque, na modalidade heteróloga, utiliza-se de sêmen de doador anônimo que pode, inclusive, já estar morto por ocasião da inseminação da paciente. Esta particular circunstância não irradia qualquer efeito jurídico à esfera do filho a ser gerado, na medida em que, por força do inc. V do mesmo artigo, é ao marido ou companheiro da mãe que se atribuem, em sua plenitude, os vínculos de paternidade, com suas correlatas situações subjetivas patrimoniais e existenciais.

A inseminação artificial homóloga *post mortem* envolve duas relevantes circunstâncias a serem refletidas e ponderadas quando da decisão acerca de sua realização. A primeira delas, de ordem existencial, diz respeito à legitimidade da geração de um filho propositalmente órfão de pai, bem como à possibilidade de se imputar a condição de pai a alguém que já se encontrava falecido mesmo à época da concepção.

O aprofundamento na análise do conteúdo do vínculo humano que o direito apreende sob a categoria da paternidade – sobretudo em uma perspectiva consoante à dignidade da pessoa humana, à solidariedade familiar e ao melhor interesse da criança, onde se reconhece na ascendência uma das mais relevantes funções familiares, pois repleta de deveres e responsabilidades destinados à criação, educação, alimentação, emancipação moral e sentimental dos filhos – revela o seu completo esvaziamento pela realização da inseminação artificial *post mortem* na espécie premeditada.

Conforme analisado nos capítulos anteriores, esta forma de reprodução humana privilegia a satisfação dos interesses da viúva e dos familiares do falecido doador do sêmen, cuja busca pelo alívio da dor da perda, e pela perpetração da memória daquele que se foi, implica na geração de uma criança ceifada, desde o nascimento, de todos os direitos e prerrogativas inerentes à condição de filho, tal como o direito a convivência familiar plena, ou seja, com ambos os pais.⁵⁴⁹

⁵⁴⁹ “A inevitável consequência que deviria, a de dar a vida a uma criança programaticamente privada de um pai eu possa provar a manutenção, a educação e a instrução não pode ser tratada como bem

A partir destas premissas, Leonardo Lenti conclui que, a despeito da existência, ou não, de consentimento prestado pelo doador em vida, a criança eventualmente gerada por inseminação artificial *post mortem* não pode ser considerado filho do falecido.⁵⁵⁰ Assim, a presunção de paternidade disposta pelo art. 1.597, inc. II, seria aplicável apenas aos casos em que a inseminação fosse realizada em vida, sobrevivendo a morte do doador do sêmen durante a gestação.

4.3.3. Inseminação artificial heteróloga

Na inseminação artificial heteróloga ocorre uma interessante conjugação entre três vínculos. A partir da autonomia da vontade dos pais em se submeterem à intervenção clínica, bem como, da preservação do anonimato do doador, estabelece-se um *vínculo jurídico* (legalmente estabelecido pelo art. 1.597, inc. V, do Código Civil) a sustentar o predomínio da *verdade afetiva* (desejo de efetivação de um projeto parental calcado em amor e esperança sobre o filho que há de nascer) sobre a também existente *verdade biológica* (descendência genética, parcial ou total, de terceiros, protegidos pelo anonimato em razão do caráter altruísta da cessão de material genético).

Aqui, um aparente desencontro entre vínculos afetivos e biológicos torna-se um feliz encontro de interesses calcados em valores constitucionalmente legítimos, tais como o afeto e a livre realização de um projeto parental pelos pais, e a solidariedade do doador, em contribuir, anonimamente, para o sucesso desta nobre tarefa.

Conforme analisado em capítulo anterior a irrevogabilidade do consentimento prestado pelo marido é requisito à existência e manutenção da reprodução humana assistida pela via heteróloga. Por consequência, não se admite a impugnação (negação) da paternidade, por iniciativa de marido. “*Nega-se a possibilidade da negação, por assim dizer*”.⁵⁵¹ Caso contrário, a realização da técnica implicaria na constituição de

vinda em um ordenamento que acolhe o princípio ora recordado [proteção da criança]. Caso contrário, tratar-se-ia de uma grave incoerência” (LENTI, Leonardo. Obra citada, p. 275).

⁵⁵⁰ LENTI, Leonardo. Idem, p. 276.

⁵⁵¹ FACHIN, Luiz Edson. **Da paternidade** – Relação biológica e afetiva, p. 52. No mesmo sentido, Belmiro Pedro Welter afirma que: “Essa conclusão – de que o marido é pai quando tenha aceitado a inseminação artificial antes ou após a sua realização – vem ao encontro do mais moderno

um vínculo de paternidade precário, com duração estipulada pelo arbítrio do marido, que bem poderia arrepender-se do consentimento prestado e buscar, pela via judicial, a desconstituição dos vínculos e a isenção de todas as funções e deveres imanescentes a condição de pai. As mesmas razões culturais, morais e jurídicas que fundamentam a impossibilidade de um pai “voltar atrás” e se arrepender de haver tido um filho, desincumbindo-se das responsabilidades típicas à condição e de pai, são as que justificam a impossibilidade de retratação de consentimento prestado, de forma válida, na inseminação artificial heteróloga.

A proibição à impugnação da filiação havida por inseminação artificial consentida é encampada pela legislação francesa, bem como, pelo Código Civil português, que assim dispõe: “Art. 1.839. (...) 3. *Não é permitida a impugnação da paternidade com fundamento em inseminação artificial ao cônjuge que nela consentiu*”.

Ressalvadas as hipóteses em que se prove o erro ou falsidade na prestação de consentimento – o que há de ser, ainda, relativizado quando tenham sido constituídos laços socioafetivos de paternidade e filiação – não é possível a futura desconstituição voluntária dos vínculos de parentesco gerados nesta modalidade de reprodução humana, na medida em que a prestação de consentimento é condição *sine qua non* à realização da técnica por mulher casada.⁵⁵²

Tal como é irreversível a existência do filho assim gerado, o consentimento prestado pelo marido também o é, não se podendo admitir sua retratação com vistas à desconstituição da paternidade. Nestas hipóteses, a inexistência de vínculo biológico entre marido e filho deve ser suplantada, sem qualquer ressalva, pela prestação inicial de anuência à realização da técnica. Sem embargo, a paternidade é condição

pensamento da filiação, visto que, embora não possa ser o pai genético, o marido, que aceitou a paternidade, é o pai afetivo, pois engendrou o estado de filho afetivo, desaguando na paternidade sociológica, que é irrevogável” (In: **Igualdade entre as filiações biológica e socioafetiva**, p. 234).

⁵⁵² “A vontade acoplada à existência do convívio conjugal e ao êxito da técnica de procriação assistida heteróloga se mostra como elemento fundamental para o estabelecimento da paternidade que, desse modo, se torna certa, insuscetível de impugnação pelo marido. O mesmo raciocínio deve ser desenvolvido relativamente ao companheiro, com a diferença acerca da necessidade do reconhecimento – voluntário ou judicial – de paternidade”. (GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. **Efeitos civis da reprodução assistida heteróloga de acordo com o novo Código Civil e Estatuto da Criança e do Adolescente**, p. 276).

explicitamente assumida pelo marido através do consentimento à inseminação artificial heteróloga de sua esposa, e, tal como ocorre na reprodução ordinária, engloba uma série de responsabilidades a ele atribuídas de modo irreversível.

Conforme ocorre – ou deveria ocorrer, por força dos princípios constitucionais da solidariedade, valorização do melhor interesse da criança e direito à convivência familiar – mesmo nos casos em que a pretensão negatória de paternidade havida por inseminação artificial heteróloga seja ajuizada com fulcro em inexistência ou vício de consentimento prestado à época, tal fundamento deve ser, necessariamente, sopesado pela eventual existência da posse de estado de filho. Por consequência, não se deve admitir que os vínculos sociais e afetivos – muitas vezes sedimentados por longos anos de convivência e pelo exercício incontestado dos respectivos papéis de pai e filho (o que constitui a posse de estado) – fossem simplesmente desconsiderados diante da recém-descoberta verdade biológica, ou de defeitos na declaração de vontade outrora manifestada pelo pai. A posse de estado de filho é circunstância socialmente legítima e juridicamente relevante, pois destinada a realizar, em máxima extensão, os valores atribuídos à instituição familiar pela Constituição Federal.

A redação do art. 1.597 do Código Civil – “*presumem-se concebidos na constância do casamento os filhos (...): havidos por fecundação artificial homóloga, mesmo que falecido o marido*” (caput e inc. III), “*havidos, a qualquer tempo, quando se tratar de embriões excedentários, decorrentes de concepção artificial homóloga*” (inc. IV) e os “*havidos por inseminação artificial heteróloga, desde que tenha prévia autorização do marido*” (inc. V) – pode conduzir à conclusão de que se trata de presunção relativa, passível de impugnação pelo marido, investido da legitimidade para contestar os filhos havidos de sua mulher (art. 1.601). Todavia, conforme ressalta Guilherme Calmon Nogueira da Gama, a inseminação artificial heteróloga consentida – e o mesmo pode-se estender à inseminação homóloga – não acarreta uma presunção relativa (*iuris tantum*), mas uma presunção absoluta (*iuris et de iure*) de certeza da paternidade, “*levando em conta a impossibilidade jurídica de se admitir a impugnação da paternidade relativamente àquele que manifestou vontade no bojo do desenvolvimento do projeto parental dos cônjuges e posteriormente pretende se*

retratar de tal consentimento”.⁵⁵³ No mesmo sentido, posiciona-se Maria Berenice Dias, para quem, diante da impossibilidade de impugnação da paternidade (calcada na necessidade e na irrevogabilidade do consentimento), a concepção via inseminação artificial heteróloga “*gera uma presunção absoluta de paternidade socioafetiva*”, o que torna irrelevante qualquer prova calcada sobre vínculos biológicos.⁵⁵⁴

O aprofundamento na análise do mecanismo desta modalidade de reprodução assistida conduz a um inevitável questionamento: deve o marido suportar a presunção de paternidade mesmo na hipótese de a técnica ser realizada sem o seu consentimento, ou, ainda, nos casos em que se demonstrar a ocorrência de vícios no consentimento?

Se avaliada a questão pelo viés da imprescindibilidade da anuência masculina para a realização da técnica – premissa que, por sua vez, conduz à irrevogabilidade do consentimento validamente prestado – chega-se à resposta negativa. Pela ausência ou por vício na prestação de consentimento, não seria possível atribuir-se a paternidade ao marido ou companheiro daquela que executou o projeto parental sem a sua anuência, ou mediante concordância inválida por incapacidade, ou informações equivocadas acerca da técnica. Há, ainda, autores que defendem que a realização de inseminação artificial sem o consentimento do cônjuge configuraria adultério – o que não se sustenta, sequer sob a forma do adultério casto, diante da ausência de qualquer intenção ou consumação de interação sexual entre a mulher e doador, requisito do adultério – ou injúria grave, apta a justificar a separação.⁵⁵⁵ A segunda resposta se apresenta mais convincente, pois se ampara na violação à confiança do marido, diante da execução, à sua revelia, de um projeto reprodutivo que, consequentemente, vincularia a ambos, investindo-os nas funções próprias às condições de pai e mãe, por disposição legal.

Todavia, a questão também pode ser enfrentada por uma ótica diversa, mais harmônica com o princípio da solidariedade familiar e com a realização do melhor

⁵⁵³ GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. Idem, p. 275.

⁵⁵⁴ DIAS, Maria Berenice. Obra citada, p. 304. Em conclusão: “*Hoje é possível afirmar, com toda margem de certeza, que nos países onde a inseminação artificial heteróloga é permitida veda-se, ao marido que consentiu, a contestação da paternidade*” (LEITE, Eduardo de Oliveira. **Procriações Artificiais e o Direito**, p. 376).

⁵⁵⁵ LEITE, Eduardo de Oliveira. Idem, p. 373.

interesse da criança. Segundo Guilherme Calmon Nogueira da Gama, a despeito da ausência de previsão legal para a hipótese, a eventual realização de inseminação heteróloga não consentida deve ser resolvida sob a perspectiva do “*risco da situação que envolve o homem que convive com sua esposa e companheira e adere, implicitamente ou mesmo diante do silêncio, ao projeto parental desenvolvido pela esposa*”.⁵⁵⁶ Esta proposta foi acolhida pelo Conselho da Justiça Federal, por ocasião da 1º Jornada de Direito Civil, como proposta de interpretação para o art. 1.597 do Código Civil:

“104 – Art. 1.597: No âmbito das técnicas de reprodução assistida envolvendo o emprego de material fecundante de terceiros, o pressuposto fático da relação sexual é substituído pela vontade (ou eventualmente pelo risco da situação jurídica matrimonial) juridicamente qualificada, gerando presunção absoluta ou relativa de paternidade no que tange ao marido da mãe da criança concebida, dependendo da manifestação expressa (ou implícita) da vontade no curso do casamento”.⁵⁵⁷

Não obstante, a irrevogabilidade da filiação socioafetiva – imperativo decorrente conjugação entre a equalização constitucional dos direitos e dos estados filiação (art. 227, §6º da CF), a previsão da irrevogabilidade da filiação adotiva de índole socioafetiva (art. 39, §1º do ECA), o que também se estende ao reconhecimento da filiação havida fora do casamento (art. 1.609 do Código Civil), bem como a satisfação dos direitos à convivência familiar e a proteção do melhor interesse dos filhos (art. 227, caput da CF) – também alicerça a impossibilidade de se desconstituir a paternidade decorrente de inseminação artificial heteróloga não consentida pelo

⁵⁵⁶ GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. **Efeitos civis da reprodução assistida heteróloga de acordo com o novo Código Civil e Estatuto da Criança e do Adolescente**, p. 276. Em sentido contrário posiciona-se Juliane Fernandes Queiroz, para quem a concepção por inseminação heteróloga não consentida permite ao marido impugnar a filiação de sua esposa, nos termos da legislação civil. (In: obra citada, p. 171).

⁵⁵⁷ AGUIAR JR, Ruy Rosado de (org.). **Jornada de Direito Civil**, p. 30.

marido, nos casos em que ambos (pai e filho) tenham constituído laços socioafetivos característicos da posse de estado de filiação.⁵⁵⁸

Portanto, na medida em que a afetividade é o principal fundamento da existência de vínculos jurídicos de paternidade envolvendo os participantes de inseminação artificial heteróloga consentida, o mesmo princípio (e os mesmos valores por ele contemplados) deve servir de critério de valoração de pretensão de constituição ou desconstituição de vínculos jurídicos nas hipóteses em que a medida se realize mediante consentimento inválido ou insuficiente. Vale dizer, a existência, ou não, da posse de estado de filiação, expressão da paternidade socioafetiva (irrevogável e favorecida em sede constitucional, como visto) deve ser o principal critério de resolução das ações de estado que contemplem a ausência ou invalidade de consentimento prestado na inseminação artificial heteróloga como causa de pedir.

A segunda grande questão envolvida na inseminação artificial heteróloga diz respeito ao direito ao conhecimento da identidade genética, inserido na categoria dos direitos da personalidade.⁵⁵⁹ A partir das teorias que imprimem abertura de conteúdo aos direitos fundamentais (e, por consequência, aos direitos da personalidade),⁵⁶⁰ o direito à obtenção de informação sobre a da ascendência biológica surge como corolário do direito à integridade psicofísica e da identidade pessoal (compreensivo, por conseguinte, da identidade genética ou biológica). Sob outro viés, afirma-se que “*o direito à identidade pessoal é, pois, direito fundamental que se revela como um mote na proteção ao conhecimento e estabelecimento da ascendência genética*”.⁵⁶¹

⁵⁵⁸ “Por força dos princípios constitucionais da prioridade e prevalência absoluta dos interesses da criança e do adolescente, deve prevalecer a paternidade afetiva, em detrimento da biológica, por se tratar de um dos direitos fundamentais: o direito à convivência familiar” (WELTER, Belmiro Pedro. **Igualdade entre as filiações biológica e socioafetiva**, p. 253).

⁵⁵⁹ BARBOZA, Heloisa Helena. **Direito à Identidade Genética**, p. 384. No mesmo sentido, Maria Berenice Dias afirma que “o direito à identidade genética é um direito de personalidade, assim como o nome e os demais elementos de identificação, devendo a informação sobre a origem genética ser tutelada” (In: Obra citada, p. 297)

⁵⁶⁰ Ver, por todos, PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do direito civil**: introdução ao direito civil constitucional, p. 155-156 e LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Danos morais e direitos da personalidade**, p. 353-354.

⁵⁶¹ ALMEIDA, Maria Christina de. Obra citada, p. 101.

Em Portugal, o direito à identidade genética em sede de reprodução humana assistida recebe expresse amparo constitucional, nos seguintes termos:

“Artigo 26.º Outros direitos pessoais

1. A todos são reconhecidos os direitos à identidade pessoal, ao desenvolvimento da personalidade, à capacidade civil, à cidadania, ao bom nome e reputação, à imagem, à palavra, à reserva da intimidade da vida privada e familiar e à protecção legal contra quaisquer formas de discriminação. (...)

3. A lei garantirá a dignidade pessoal e a identidade genética do ser humano, nomeadamente na criação, desenvolvimento e utilização das tecnologias e na experimentação científica”.⁵⁶²

Na Alemanha, este direito foi construído pela doutrina e tribunais com amparo no art. 2º da Lei Fundamental, que dispõe acerca do direito ao livre desenvolvimento da personalidade do sujeito, o que se repete em boa parte dos ordenamentos europeus.

No ordenamento brasileiro, não há qualquer previsão legal expressa acerca da efetivação do direito à identidade pela revelação da ascendência. Tal diretriz foi, entretanto, apreendida pelo Projeto de Lei nº 1.184/2003 (ainda não aprovado), que, paralelamente à instituição do sigilo recíproco entre doadores e receptores (art. 8º) estabeleceu que:

“Art. 9º O sigilo estabelecido no art. 8º poderá ser quebrado nos casos autorizados nesta Lei, obrigando-se o serviço de saúde responsável pelo emprego da Reprodução Assistida a fornecer as informações solicitadas, mantido o segredo profissional e, quando possível, o anonimato.

§ 1º A pessoa nascida por processo de Reprodução Assistida terá acesso, a qualquer tempo, diretamente ou por meio de representante legal, e desde que manifeste sua vontade, livre, consciente e esclarecida, a todas as informações sobre o processo que o gerou, inclusive à identidade civil do doador, obrigando-se o serviço de saúde responsável a fornecer as informações solicitadas, mantidos os segredos profissional e de justiça”.

⁵⁶² PORTUGAL. **Constituição da República Portuguesa**. Disponível em <<http://www.parlamento.pt/Legislacao/Paginas/ConstituicaoRepublicaPortuguesa.aspx>>. Acesso em 13/12/2010.

Gustavo Tepedino opõe-se à existência de tal direito nos casos de inseminação artificial heteróloga, justificando suas conclusões na prevalência da verdade afetiva – que, segundo o autor, desfruta de preponderância axiológica em relação à pretensão de identificação do genitor biológico, inclusive à luz do melhor interesse da criança – e da manutenção do anonimato para o funcionamento adequado do mecanismo desta técnica de reprodução assistida, realizada a partir de sêmen de terceiro doador.⁵⁶³ Entretanto, este entendimento não merece prosperar, na medida em que a revelação da identidade do doador de sêmen como meio de efetivação do direito fundamental à identidade genética não implica no rompimento dos vínculos de paternidade afetiva (o que afasta a alegada violação ao melhor interesse do menor), tampouco no estabelecimento de vínculos de paternidade entre doador e concebido (o que poderia, de fato, violar a expectativa altruísta gerada no ato de doação).

O direito à ascendência genética – a ser desvinculado da pretensão de estabelecimento de vínculos de paternidade e filiação⁵⁶⁴ – já se desenvolveu no campo da adoção,⁵⁶⁵ aplicando-se inclusive diante do consentimento à adoção prestado pelo menor com mais de 12 anos, até porque “*a vida passada, presente e futura de um homem não é matéria passível de disposição nem mesmo pelo seu titular, quando mais*

⁵⁶³ TEPEDINO, Gustavo. **A Disciplina Jurídica da Filiação na Perspectiva Civil-constitucional**, p. 417. No mesmo sentido, Eduardo de Oliveira Leite sustenta a inexistência de um direito fundamental à revelação da identidade genética nestas hipóteses, sob o argumento de que “*pode haver maior respeito à dignidade humana no não conhecimento da origem genética de alguém, do que neste conhecimento*”, pois “*se uma criança está perfeitamente inserida em um determinado contexto familiar, o que lhe acrescentaria o conhecimento de sua origem? Certamente nada. Realmente nada*” (LEITE, Eduardo de Oliveira. **Procriações artificiais e o direito**, p. 340).

⁵⁶⁴ “*O reconhecimento de um direito à identidade genética, que não gera parentesco e seus “temidos” efeitos patrimoniais, em nada afronta nossas tradições jurídicas*” (BARBOZA, Heloísa Helena. Obra citada, p. 387). Esta diretriz foi compreendida pelo Projeto de Lei nº. 1.184/2003, que estabeleceu: “**Art. 17.** O doador e seus parentes biológicos não terão qualquer espécie de direito ou vínculo, quanto à paternidade ou maternidade, em relação à pessoa nascida a partir do emprego das técnicas de Reprodução Assistida, salvo os impedimentos matrimoniais elencados na legislação civil”.

⁵⁶⁵ “*Adoção. Investigação de paternidade. Possibilidade. Admitir-se o reconhecimento do vínculo biológico de paternidade não envolve qualquer desconsideração ao disposto no artigo 48 da Lei 8.069/90. A adoção subsiste inalterada. A lei determina o desaparecimento dos vínculos jurídicos com pais e parentes, mas, evidentemente, persistem os naturais, daí a ressalva quanto aos impedimentos matrimoniais. Possibilidade de existir, ainda, respeitável necessidade psicológica de se conhecer os verdadeiros pais. Inexistência, em nosso direito, de norma proibitiva, prevalecendo o disposto no artigo 27 do ECA*”. (STJ - REsp 127541/RS, Rel. Ministro Eduardo Ribeiro, Terceira Turma, julgado em 10/04/2000, DJ 28/08/2000, p. 72)

por um terceiro”, porquanto *“ainda que exista afetividade entre pai e filho ligados pelos laços da adoção, ainda que não haja divergência de vontades entre eles no que concerne à manutenção da sociedade familiar, ainda assim o direito ao conhecimento da ascendência genética não pode ser recusado”*.⁵⁶⁶ Ou seja, tal como ocorre nos casos de adoção – formal ou informal (denominada *“à brasileira”*) – a concorrência de vínculos de paternidade biológica e afetiva em torno de um mesmo sujeito por conta da inseminação heteróloga não pode conduzir ao cerceamento de seu direito de investigar a primeira. Todavia – e esta é uma tendência anunciada, há tempos, pela doutrina mais atenta, e gradualmente endossada pela jurisprudência – o exercício do direito à investigação da ascendência biológica não possui o condão de constituir vínculos jurídicos de paternidade nas hipóteses em que o investigador já tenha definidos seus laços de filiação com pai afetivo, ou seja, quando o investigador já esteja em pleno gozo da posse de estado de filho.

Nas palavras de Maria Berenice Dias – para quem, devido à preponderância dos vínculos socioafetivos de paternidade, a hipótese de adoção à brasileira não configura erro ou falsidade capaz de ensejar anulação do registro (art.1.604)⁵⁶⁷ – a questão da coexistência de vínculos deve-se resolver da seguinte maneira:

“Em síntese, se o autor mantém com alguém – pai registral, adotivo ou outra pessoa – um vínculo de filiação socioafetiva, gozando da posse do estado de filho, ainda assim pode buscar a identificação da verdade biológica. A ação será acolhida, mas a sentença terá meramente conteúdo declaratório. Sem efeitos jurídicos outros, dando ao autor somente a segurança jurídica sobre a relação de paternidade, [eis que] (...) já tem um pai. Por isso, a sentença de procedência não será levada a registro, não se alterando a filiação que se considerou pela convivência. Deve a Justiça privilegiar a verdade afetiva. A

⁵⁶⁶ SILVA, Reinaldo Pereira e. Obra citada, p. 175. Em momento posterior da mesma obra, o autor reafirma esta conclusão: *“O interesse do filho não é sinônimo de interesse da família, que, em suas implicações bioculturais, é um feixe de interesses convergentes e divergentes”* (In: **Ascendência Biológica e Descendência Afetiva: Indagações Biojurídicas sobre a Ação de Investigação de Paternidade**, p. 180).

⁵⁶⁷ DIAS, Maria Berenice. Obra citada, p. 301. Afirma a autora: *“A paternidade deriva do estado de filiação, independentemente de sua origem, e biológica ou afetiva. A ideia da paternidade está fundada muito mais no amor do que submetida a determinismos biológicos”*. (Idem, p. 302).

procedência da ação não terá efeitos constitutivos, mas meramente declaratórios, sem reflexos jurídicos ou de ordem patrimonial”.⁵⁶⁸

Sem embargo, a existência de vínculos de paternidade afetiva é elemento determinante da natureza do provimento judicial a ser prestado em demanda investigatória de paternidade calcada na verdade biológica. Com base nesta premissa – acompanhando-se o pensamento de Paulo Lôbo – pode-se concluir pela subdivisão da revelação da verdade biológica em duas vertentes, a partir de sua potencial função no caso concreto: de um lado, há a “*verdade biológica com fins de parentesco*”, calcada no princípio da paternidade responsável, a operar nas hipóteses em que não houver sido constituído outro vínculo de paternidade (registral, ou afetiva); de outro, a “*verdade biológica sem fins de parentesco*”, a incidir nas hipóteses de coexistência de vínculos afetivos, destinada apenas à averiguação da ascendência genética, em uma dimensão própria dos direitos da personalidade, sem eficácia no estabelecimento de parentesco ou de prerrogativas inerentes à relação paterno-materno-filial.⁵⁶⁹ Sem

⁵⁶⁸ DIAS, Maria Berenice. Idem, p. 43. Em precedente citado pela autora, decidiu o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul:

“*EMBARGOS INFRINGENTES. AÇÃO DE ANULAÇÃO DE REGISTRO DE NASCIMENTO MOVIDA POR IRMÃOS DO FALECIDO PAI. NO CONFLITO ENTRE A VERDADE BIOLÓGICA E A VERDADE SOCIOAFETIVA, DEVE ESTA PREVALECER, SEMPRE QUE RESULTAR DA ESPONTÂNEA MATERIALIZAÇÃO DA POSSE DE ESTADO DE FILHO. O FALECIDO PAI DO DEMANDADO REGISTROU-O, DE MODO LIVRE, COMO FILHO, DANDO-LHE, ENQUANTO VIVEU, TAL TRATAMENTO, SOANDO ATE MESMO IMORAL A PRETENSÃO DOS IRMÃOS DELE (TIOS DO RÉU) DE, APOS SEU FALECIMENTO, E FLAGRANTEMENTE VISANDO APENAS MESQUINHOS INTERESSES PATRIMONIAIS, PRETENDER DESCONSTITUIR TAL VÍNCULO. DESACOLHERAM OS EMBARGOS*”. (TJRS - Embargos Infringentes Nº 70004514964, Quarto Grupo de Câmaras Cíveis, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Luiz Felipe Brasil Santos, Julgado em 11/10/2002)

⁵⁶⁹ LÔBO, Paulo. **Socioafetividade no Direito de Família**: a Persistente Trajetória de um Conceito Fundamental, p. 10. Esta questão foi assim enfrentada pelo Tribunal de Justiça catarinense:

“*DIREITO CIVIL - FAMÍLIA - INVESTIGATÓRIA DE PATERNIDADE C/C ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA GRATUITA E ALIMENTOS - EXAME DNA POSITIVO - PROCEDÊNCIA PARCIAL EM 1º GRAU - INSURGÊNCIA DO INVESTIGADO - CERCEAMENTO DE DEFESA - AUSÊNCIA DE TESTEMUNHAS E INDEFERIMENTO DE 2º EXAME DNA - TESTEMUNHAS DEFERIDAS INDEPENDENTEMENTE DE INTIMAÇÃO - NOVA PERÍCIA - DESNECESSIDADE - LAUDO REGULAR - RECURSO IMPROVIDO - RECONHECIMENTO DA PATERNIDADE - EXISTÊNCIA DE PATERNIDADE SOCIOAFETIVA E GENÉTICA - PREVALÊNCIA DAQUELA - MATÉRIA DE ORDEM PÚBLICA - PATERNIDADE PARA FINS EXCLUSIVAMENTE BIOLÓGICOS - MANUTENÇÃO DO REGISTRO CIVIL - SENTENÇA REFORMADA.*

Não tendo comparecido à audiência as testemunhas que viriam independentemente de intimação, não há cerceamento de defesa porque a desistência de suas oitivas é presumida.

embargo, na inseminação artificial heteróloga – diante do consentimento prestado pelo marido, elemento constitutivo da paternidade socioafetiva – a revelação da “*verdade biológica com fins de parentesco*” não encontra qualquer amparo, devendo ser, de plano, rechaçada, sob pena de injustificada violação da expectativa daquele que contribuiu com o projeto parental de terceiros anônimos, pela doação de espermatozoides, sem intenção de constituir, para si, a descendência jurídica ou afetiva.

“Esta exclusão, gritariam os Kelsenianos, se faz em detrimento da verdade biológica. Talvez. Mas a desbiologização da paternidade e o consequente esvaziamento da paternidade não constituem nenhuma novidade no mundo jurídico. Quem de nós, por exemplo, consideraria pai das crianças nascidas por fecundação artificial o fornecedor de espermatozoides, longo tempo estocado em bancos de inseminação? (...) A paternidade reside antes no serviço e no amor que na procriação. (...) Logo, a oportunidade concedida à família oriunda de procriação artificial deve ser a de estabelecer uma vida familiar normal, sem a hipoteca de sua origem”.⁵⁷⁰

Portanto, diante do caráter absoluto atribuído à presunção de paternidade presente na inseminação artificial heteróloga com consentimento paterno, a investigação judicial da ascendência genética será apenas suficiente a, como ocorre em relação à adoção (art. 41 do ECA), estabelecer impedimentos matrimoniais entre filho e o ascendente biológico (e seus consanguíneos),⁵⁷¹ o que é altamente recomendável

O resultado do exame DNA é prova suficiente para corroborar o estado de filiação afirmado na inicial, dispensando-se sua renovação quando inexistentes vícios capazes de macular o laudo pericial. No conflito entre paternidade socioafetiva e biológica - matéria de ordem pública -, prevalece aquela por melhor acolher o princípio constitucional da dignidade humana.

Existindo paternidade socioafetiva simultaneamente com a paternidade biológica, deve esta ser acolhida parcialmente para fins exclusivamente genéticos, sem parentalidade ou consequência sucessória, mas mantendo-se aquela até então existente”. (TJSC – Apelação Cível nº 2005.000406-5.4ª Câmara de Direito Civil. Rel. Des. Monteiro Rocha. Julg.: 01/08/2008)

⁵⁷⁰ LEITE, Eduardo de Oliveira. **Procriações Artificiais e o Direito**, p. 151.

⁵⁷¹ LÔBO, Paulo. **Socioafetividade no Direito de Família**: a Persistente Trajetória de um Conceito Fundamental, p. 19. No mesmo sentido: DIAS, Maria Berenice. Obra citada, p. 305; e, WELTER, Belmiro Pedro. **Igualdade entre as filiações biológica e socioafetiva**, p. 181. Este último autor traça a seguinte distinção das hipóteses de revelação da ascendência genética: “a) se o filho não tiver um pai, a investigação poderá alcançar todos os efeitos jurídicos; b) se o filho já tiver um pai afetivo, os efeitos serão apenas para: b-1) por necessidade psicológica de conhecer (ser) a ancestralidade; b-2) preservar os impedimentos matrimoniais; b-3) preservar a saúde e a vida, em caso de grave doença genética” (In: Idem, p. 188).

por razões morais e, sobretudo, biológicas. Apesar da restrição ao número de fertilizações possíveis a partir do esperma de um mesmo doador, não há como se anular integralmente o risco de uma união incestuosa, geneticamente falando.

Outra relevante projeção do direito ao conhecimento à identidade genética é a viabilização da proteção dos direitos fundamentais à vida e à saúde.

É sabido que o tratamento de uma série de doenças demanda transfusões de órgãos e tecidos (sangue, medula, rins, etc.) que, em muitos casos, apenas se faz possível entre membros de uma mesma família, devido a altos índices de rejeição por incompatibilidade genética. De igual modo, o diagnóstico de algumas patologias congênitas e hereditariamente transmissíveis reclama um estudo da sua presença na árvore genealógica do portador, destinada à verificação das chances de seu desenvolvimento e cura no paciente. Não apenas os filhos podem necessitar obter dados de seus ascendentes biológicos, mas para estes também pode ser necessário localizar os seus filhos, portadores de metade de sua herança genética, para a resolução de questões aliadas a diagnósticos ou transplantes. Em se tratando de filhos gerados a partir de inseminação artificial heteróloga ou doação de embriões (o que se estende, ainda, à adoção) a aferição destes dados esbarra, em um primeiro momento, com a manutenção do sigilo do doador, espécie de “princípio” basilar destas modalidades de reprodução assistida.

Diante da relevância e seriedade de razões clínicas, não há qualquer suporte jurídico a obstar-se a revelação da identidade genética, sobretudo diante da obrigatoriedade de manutenção dos dados de todos os pacientes nos registros dos centros de fertilização humana, até porque a viabilização de diagnóstico e tratamento de eventuais doenças é uma das principais razões para a existência destes registros.

O estabelecimento de impedimentos matrimoniais foi contemplado pelo Projeto de Lei nº. 1.184/2003, que dispôs que “*O doador e seus parentes biológicos não terão qualquer espécie de direito ou vínculo, quanto à paternidade ou maternidade, em relação à pessoa nascida a partir do emprego das técnicas de Reprodução Assistida, salvo os impedimentos matrimoniais elencados na legislação civil*” (art. 17).

Em sentido diverso, posicionou-se Orlando Gomes, para quem “*a simples possibilidade de uma união incestuosa, em decorrência do sigilo em que deve ser mantida a identidade do doador, não sendo frequente, carece de força para ditar a atitude oposta de conhecimento da paternidade (e/ou maternidade)*”. (GOMES, Orlando. *A Crise do Direito*. Apud: SILVA, Reinaldo Pereira e. **Introdução ao Biodireito**: investigações político-jurídicas sobre o estatuto da concepção humana, p. 314).

Para que o tratamento de doenças desta ordem não implique, necessariamente, na quebra do anonimato dos envolvidos, a junta médica responsável pelo paciente e o respectivo centro de reprodução assistida onde ocorreu sua concepção devem operar em conjunto na intermediação do contato entre ambas as partes, para que se viabilize as medidas estritamente necessárias a pesquisas, diagnósticos e transplantes de órgãos e tecidos, se possível, sem a revelação das identidades. Esta hipótese foi compreendida pelo Projeto de Lei nº 1.184/2003 que, mesmo instituindo o sigilo e anonimato recíproco entre doadores e receptores (art. 8º), dispôs sobre a revelação da identidade entre doadores e receptores por razões clínicas, nos seguintes termos:

“Art. 9º. (...) § 2º Quando razões médicas ou jurídicas indicarem ser necessário, para a vida ou a saúde da pessoa gerada por processo de Reprodução Assistida, ou para oposição de impedimento do casamento, obter informações genéticas relativas ao doador, essas deverão ser fornecidas ao médico solicitante, que guardará o devido segredo profissional, ou ao oficial do registro civil ou a quem presidir a celebração do casamento, que notificará os nubentes e procederá na forma da legislação civil.

Art. 16. (...) § 2º A pessoa nascida por processo de Reprodução Assistida e o doador terão acesso aos registros do serviço de saúde, a qualquer tempo, para obter informações para transplante de órgãos ou tecidos, garantido o segredo profissional e, sempre que possível, o anonimato.

§ 3º O acesso mencionado no § 2º estender-se-á até os parentes de 2º grau do doador e da pessoa nascida por processo de Reprodução Assistida”.

Os direitos à vida e à saúde são imperativos constitucionais dotados de caráter fundamental (artigos 6º e 6º da CF) e não podem ser obstados por circunstâncias das quais o titular não participou, tais como o são aquelas relativas à sua própria concepção. Não há como se sustentar que, diante de enfermidade que reclame diagnósticos, transfusões e doações de órgãos, sacrifique-se o tratamento – e, conseqüentemente, a vida – do paciente apenas para que seja preservado o anonimato do doador de material genético que contribuiu com sua concepção assistida.

Todavia, de modo semelhante ao que ocorre nos outros casos de perquirição da identidade biológica, nesta modalidade de revelação de dados atrelados à origem genética – pelo estabelecimento de contato intermediado entre filhos e ascendentes genéticos (com ou sem revelação de identidades) – não serão constituídos quaisquer vínculos jurídicos de paternidade ou maternidade, não se cogitando, portanto, do estabelecimento do complexo de situações jurídicas existenciais próprias à filiação (poder familiar, direitos, deveres, etc.). Também aqui, como disposto pelo referido dispositivo legal, os efeitos jurídicos da revelação se esgotam na esfera dos impedimentos matrimoniais, destinados a evitar o incesto, em analogia ao que dispõe o Estatuto da Criança e do Adolescente, para a adoção.⁵⁷²

Guardadas as devidas proporções, a projeção da socioafetividade despida de vínculo biológico como alicerce da paternidade jurídica, bem como a tutela do direito à identidade genética (com eficácia meramente declaratória) são elementos que aproximam, em muito, a inseminação artificial heteróloga da adoção.⁵⁷³ Em ambos os casos, privilegia-se a realização do projeto parental pela relativização da biologia, buscando-se no amor⁵⁷⁴ e no afeto as razões ao estabelecimento irrevogável da paternidade e maternidade jurídicas, não impugnáveis a partir da mera inexistência do vínculo genético. Não é demais lembrar que, na esfera de direitos do filho (no que se inclui o direito à convivência familiar, à paternidade e, não obstante, à perquirição da sua identidade genética), não há qualquer diferença, por força do imperativo constitucional que prevê: “*Os filhos, havidos ou não da relação do casamento, ou por*

⁵⁷² **Art. 41.** A adoção atribui a condição de filho ao adotado, com os mesmos direitos e deveres, inclusive sucessórios, desligando-o de qualquer vínculo com pais e parentes, salvo os impedimentos matrimoniais.

⁵⁷³ No entender de Guilherme Calmon Nogueira da Gama, “quanto a alguns efeitos, é perfeitamente possível equiparar a filiação adotiva à filiação resultante de procriação assistida heteróloga naquilo que ambas têm em comum: a origem civil” (In: **Efeitos civis da reprodução assistida heteróloga de acordo com o novo Código Civil e Estatuto da Criança e do Adolescente**, p. 275).

Tal constatação leva alguns autores a sugerirem a utilização de procedimento semelhante ao da adoção por ocasião da prestação de consentimento do cônjuge à reprodução assistida do casal pela via da inseminação heteróloga. Ver, por todos: QUEIROZ, Juliane Fernandes. Obra citada, p. 147.

⁵⁷⁴ “O que a evolução histórico-social comprovou, e de forma inquestionável, é que a função paterna está irremediavelmente ligada ao amor de um pai pelo seu filho. Fora desta relação pode até haver laço biológico por si só insuficiente a criar qualquer vínculo de paternidade, incapaz de gerar uma relação paterno-filial”. (LEITE Eduardo de Oliveira. **Exame de DNA, ou, o limite entre o genitor e o pai**, p. 67).

adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação” (art. 227, §6º da Constituição Federal).

Paralelamente à discussão que gravita em torno do prazo decadencial de quatro anos a partir da maioridade ou emancipação, estabelecido para a impugnação do reconhecimento do filho operado durante sua menoridade (art. 1.614 do Código Civil), deve-se ter em mente que, no caso da investigação da “verdade biológica” destinada apenas à efetivação do direito à identidade genética, não está em discussão a validade ou invalidade do registro operado na menoridade, até porque, nesta hipótese, o provimento judicial discutido tem eficácia meramente declaratória, sem efeitos de constituição ou desconstituição de vínculos jurídicos de paternidade.

4.3.4. Fertilização *in vitro*

No âmbito da fertilização *in vitro*, a delimitação da paternidade e da maternidade se subdivide a partir da origem dos gametas empregados na fertilização.

Na modalidade homóloga da fertilização *in vitro* ocorre uma coincidência entre ascendência biológica, jurídica e socioafetiva, na medida em que são empregados gametas oriundos de ambos os cônjuges (ou companheiros) solicitantes da técnica, que terão o filho como seu, por presunção legal análoga ao que incide na inseminação artificial homóloga. Nesta hipótese, não paira qualquer dúvida sobre a atribuição da paternidade aos solicitantes, vedando-se, por razões óbvias, a sua impugnação.

Na fertilização *in vitro* heteróloga – realizada mediante emprego de espermatozoide *ou* óvulo doado por terceiro (reprodução heteróloga unilateral), espermatozoide *e* óvulo doados por terceiro ou, ainda, pela implantação, no útero da esposa interessada, de embrião excedentário de casal doador (reprodução heteróloga bilateral, em ambos os casos) – a ascendência biológica recairá sobre apenas um dos cônjuges (caso seja empregado apenas um gameta advindo de doação), ou sobre nenhum deles (quando ambos os gametas tenham sido doados, ou nos casos de doação de embriões). A rigor, na fertilização *in vitro* heteróloga, sempre haverá pelo menos um dos cônjuges que não será o ascendente genético do filho casal. O caráter heterólogo, semelhante ao verificado na inseminação artificial, atribui-lhe a paternidade jurídica em virtude da socioafetividade presumida pela prestação de

consentimento com o projeto parental levado a efeito pelo casal, com recurso à técnica.

Em uma ou outra hipótese de fertilização *in vitro* heteróloga, a solução deve ter por fundamento o anonimato pressuposto pela doação de material genético, sustentáculo que viabiliza a reprodução assistida. A vedação à perquirição da paternidade biológica por parte dos doadores de espermatozoide e pelos concebidos, que já se firmou no campo da inseminação artificial heteróloga, deve ser estendida, sem qualquer ressalva, à fertilização *in vitro* heteróloga, compreendendo-se, aqui, tanto as doadoras de óvulos quanto os casais doadores de embriões excedentários.⁵⁷⁵

Os mesmos fundamentos que, na inseminação artificial heteróloga, sustentam, por um lado, a impossibilidade de constituição de quaisquer vínculos jurídicos de paternidade entre doador de espermatozoide e filho assim gerado e, por outro, a possibilidade de revelação da ascendência genética (com eficácia exclusivamente declaratória e aptidão a constituir impedimentos matrimoniais), aplicam-se, sem ressalvas, à fertilização *in vitro* heteróloga.⁵⁷⁶

Em nome de todos os já referidos princípios orientadores dos vínculos de paternidade e maternidade nas outras modalidades de reprodução humana assistida, também na fertilização *in vitro* heteróloga deve preponderar a expressão socioafetiva, vinculante de ambos os membros do casal que se socorreram à medicina para realizar o seu projeto parental, reproduzindo-se por um modo que, a rigor, não perpetua integralmente a consanguinidade, mas realiza, na máxima extensão, o valor da afetividade e da paternidade responsável, programada e, acima de tudo, desejada.

⁵⁷⁵ De fato, “O embrião é, geneticamente, do casal de doadores de gametas, portanto, no plano do direito de filiação, a situação é diferente: o parto, como ocorre em relação à doação de óvulo, determina a mãe. E, concluem os que sustentam esta tese, isto quer dizer que não será possível ao casal doador do embrião (ou cada um dos doadores de gametas, separadamente) contestar a maternidade da gestadora, quer seja casada, ou não”. (LEITE, Eduardo de Oliveira. **Procriações Artificiais e o Direito**, p. 397).

⁵⁷⁶ Em outras palavras: “se se pretende fixar um princípio de certeza na situação, só resta um caminho: quando uma mulher doa um óvulo para ser transplantado em outra mulher – a doação deverá ser considerada integral – assim como o doador de espermatozoide – logo, ela não deverá ter nenhum direito, nem obrigação, em relação à criança daí resultante” (LEITE, Eduardo de Oliveira. *Idem*, p. 397). A única ressalva que se opõe a esta conclusão é a relativa ao estabelecimento de impedimentos matrimoniais, diante do direito à revelação da ascendência genética.

4.3.5. Gestação por substituição

Apesar da proibição da gestação por substituição em boa parte dos ordenamentos europeus – o que, provavelmente, será adotado pelo ordenamento brasileiro, registrando-se que o Projeto de Lei nº. 1184, de 2003 dispõe tal proibição, imputando-lhe o caráter de ilícito penal – há que se refletir sobre a solução dos casos em que a prática ocorra, a despeito da vedação.

Juridicamente, a maternidade não é determinada pela transmissão do patrimônio genético, mas sim pelo parto, expressão do brocado *mater semper certa est*. Assim, desde sempre, pouco importaria se a gestação por substituição ocorreu com ou sem doação de óvulos, pois mesmo nos casos em que se emprega óvulo da mulher interessada, inseminado artificialmente com o sêmen de seu marido – ou, ainda, nas hipóteses de transferência do zigoto em estágio avançado da gravidez por ela iniciada – a maternidade se estabeleceria pelo parto, o que contrariaria o pacto de gestação por substituição. Em ambas as hipóteses, o vínculo jurídico de maternidade recairia sobre aquela gestante portadora, quem deu a luz à criança.

O entendimento diverso pressupõe o império da “verdade contratual”, pelo qual a mãe seria aquela que contratou (de forma remunerada ou não) a gestante substituta, instituindo obrigação de entrega do filho ao final da gestação. Para uma parcela dos autores, a maternidade se imprime automaticamente à contratante; para outros, demanda procedimento de entrega do filho em adoção. Entretanto, pelas razões já expostas anteriormente, além da grave violação a preceitos éticos e culturais tradicionalmente vigentes – sobretudo no que se refere ao reconhecimento da maternidade pelo parto e gestação – a preponderância da verdade contratual tem por alicerce a “reificação” do ser humano, estipulado como objeto de obrigação de entrega (de “coisa certa”), o que se apresenta em manifesto confronto com a tendência humanitária encampada pela atual ordem constitucional.

Desta sorte, preponderam razões à manutenção do reconhecimento da invalidade dos contratos de gestação por substituição, reconhecendo-se, de todo modo, a maternidade, pela gestação e pelo parto.

Para as hipóteses em que, de algum modo, a técnica tenha sido levada a termo, operando-se a gestação por substituição com utilização de óvulos de pessoa diversa

daquela que criou o filho como sendo sua mãe, Belmiro Pedro Welter sustenta a extensão do direito ao reconhecimento da ascendência genética, nos mesmos moldes aplicados à paternidade, com finalidade de averiguação da origem genética.

Os efeitos da revelação da identidade biológica ficariam, contudo, restritos às hipóteses já anunciadas em relação à inseminação artificial heteróloga e adoção (revelação da identidade e constituição de impedimentos matrimoniais, em analogia ao que dispõe o art. 41 do ECA), não se podendo cogitar da constituição de vínculos genéticos de maternidade, sobretudo diante da posse de estado de filho já constituída perante a mãe interessada.⁵⁷⁷

⁵⁷⁷ WELTER, Belmiro Pedro. **Igualdade entre as filiações biológica e socioafetiva**, p. 238-239.

5. Conclusões

Conforme se advertiu na introdução, o objetivo do presente estudo não é o de definir solução às questões existenciais envolvidas na reprodução humana assistida e no estatuto da filiação, até porque, pelo que se pode verificar ao longo da exposição, o complexo das variáveis presentes em cada um dos métodos de reprodução assistida (e, por consequência, em seus reflexos éticos, morais e jurídicos) frustra a pretensão de uma solução definitiva, a ser antecipadamente firmada de modo absoluto e inalterável em face das circunstâncias do caso.

O alargamento do conceito de família, pela compreensão de uma pluralidade de comunidades humanas (biparentais, monoparentais, anaparentais, etc.), implicou em uma correlata ampliação do elenco de vínculos capazes de alicerçar as relações de parentesco. Estes vínculos, a que se denominou “verdades”, já não coincidiam, em todos os casos, enquanto a humanidade se reproduzia apenas pelas vias ordinárias. Com o implemento da reprodução humana assistida, este descompasso foi incrementado em ritmo exponencial. Pela observação das técnicas apresentadas, logo se percebe que raros são os casos em que a relação paterno-materno-filial se respalda em vínculos biológicos, jurídicos, afetivos e contratuais coincidentes entre si.

Uma visão panorâmica da análise levada a efeito pela presente pesquisa – especialmente em se tratando de métodos de reprodução assistida que envolvem a participação de vários sujeitos no processo de concepção (doadores e receptores de gametas e embriões, gestantes por substituição) – evidencia a presença constante de um inquietante questionamento: diante de tantos vínculos, de tantas verdades, quem são, afinal, os pais? Biologia, Medicina, Moral, Ética, Religião, Direito e outros saberes ofereceram, cada qual, sua resposta. Em seu conjunto, raras foram as similitudes.

Este desencontro entre as “verdades do parentesco” não é inédito, pois estas implicações sempre foram uma constante na história humana, tomando os mais diferentes contornos nos respectivos contextos sociais e históricos em que foram compreendidas. Igualmente, este desencontro não é desastroso, como pode parecer, a

uma primeira vista, pois é em seu terreno que o Direito se permite investir esforços na construção de soluções adequadas à satisfação do anseio social.

A compreensão acerca da dimensão axiológica de cada verdade nos diversos casos envolvendo relações de filiação – especialmente em se tratando de reprodução humana assistida, onde o seu conflito se revela uma constante – é o elemento fundamental ao esclarecimento da paternidade ou maternidade a prevalecer no caso concreto. Trata-se do que se denominou “eleição”, para significar a análise do confronto entre vínculos distintos sobre um mesmo sujeito, com vistas à seleção daquele que melhor atenda os seus interesses, aos valores sociais, e à principiologia vigente em sede constitucional, expressão da máxima validade jurídica.

Por todo o exposto, arrola-se, a seguir, breve síntese acerca das conclusões deste autor acerca da reprodução humana assistida e do estatuto jurídico da filiação, sob a perspectiva civil-constitucional.

1. A filiação é status complexo, que não se resolve apenas pelo império de vínculos jurídicos biológicos, psicológicos e afetivos unitariamente considerados, mas é “algo que se constrói”, revelando-se se pela interação recíproca entre estes elementos, independentemente da direção assumida por cada qual. Esta conjugação não pressupõe similitude, pois subsiste mesmo nos casos em que cada um dos vínculos aponte para um sujeito diferente, potencialmente apto a ocupar o posto de pai ou mãe do filho em questão. A filiação havida por recurso à reprodução humana assistida é o maior exemplo destes encontros e desencontros de verdades, demandando, portanto, critérios adequados para a sua solução.

A aferição da angulação da relação paterno-materno-filial não se resolve pelo apego irrestrito a um ou a outro vínculo, mesmo em havendo robustas circunstâncias morais, éticas e jurídicas apontando no sentido de sua prevalência, em dado momento histórico. Isto se verificou, em um primeiro momento, com a verdade jurídica, em um segundo, pela verdade biológica e, em um terceiro, pela verdade socioafetiva. A inicial repercussão alcançada por cada qual, em seu contexto, logo cedeu espaço à consciência de sua própria insuficiência, devida ao fato de que a filiação e a

reprodução são relações existenciais complexas, que não se esgotam em um único liame de conexão entre sujeitos, não podendo, por tal viés, ser compreendidas.

Por esta mesma razão, não se mostra recomendável o fornecimento antecipado de soluções definitivas (“*a priori*”), o que melhor se realiza em um segundo momento epistemológico, pelo confronto entre variáveis coexistentes (orientadas a sentidos semelhantes ou completamente diversos), a partir de uma metodologia que forneça parâmetros de valoração juridicamente válidos e socialmente legítimos. Para este intento, a metodologia da constitucionalização do direito civil – que, em suma, implica na ratificação de todas as decorrências do reconhecimento de eficácia *imediata* e *mediata* às regras e princípios constitucionais, a partir da compreensão de seu patamar superior de validade na estrutura das fontes jurídicas – é a que demonstra maior aptidão a efetivar uma conjugação ponderada entre validade jurídica e legitimidade social, possibilitando que o esclarecimento das referidas inquietações se oriente pelo sentido da tábua de valores instituída pela própria sociedade e apreendida pela Constituição Federal, ocupante do mais alto posto na hierarquia das fontes jurídicas.

A análise do Direito comparado revelou técnicas distintas de apreensão jurídica da reprodução humana assistida. A reflexão sobre estes estatutos legais, aliada à compreensão da pluralidade das variantes envolvidas em seu objeto, bem como pela necessidade social de fornecimento de padrões jurídicos (dotados, por sua vez, de consistência ética) aptos a orientar a atuação médica e científica, torna recomendável o emprego de legislação baseada em cláusulas gerais, que, em vez de oferecer uma antecipada solução pela ordem do “*permitido/proibido/devido*”, forneça diretrizes principiológicas dotadas de conteúdo aberto, que permitam sua concreção pelo recurso à metodologia civil-constitucional. Este último recurso metodológico incrementa a legitimidade e limita a discricionariedade do intérprete na atividade de concreção normativa, vinculando-a pela persecução de finalidades socialmente relevantes e constitucionalmente sustentáveis.

2. O emprego das técnicas de reprodução assistida apenas se justifica nos casos de comprovada infertilidade ou existência de doenças, sexualmente transmissíveis ou

atreladas à hereditariedade. Os limites individuais de acesso e de execução de cada sorte de técnica devem ser estritamente pautados por estas mesmas finalidades. Não há qualquer fundamento ético ao emprego da reprodução humana assistida por razões de mera conveniência – atreladas ao desejo de preservação de corpo esbelto, pela mulher, ou ligadas a pretensões eugênicas, tais como o são a escolha de sexo despida de razões clínicas, a manipulação embrionária destinada à constituição de fenótipos socialmente apreciados ou a busca pela reprodução de talentos (intelectuais, artísticos, esportivos) de pessoas vivas, pelo emprego de seus gametas na reprodução assistida ou clonagem.

A reprodução humana assistida deve ser compreendida pelo seu viés exclusivamente subsidiário, como um paliativo clínico destinado a viabilizar o planejamento e execução do projeto parental por casais acometidos de causas de esterilidade.

3. Os médicos e clínicas de reprodução assistida – devidamente autorizados e fiscalizados pelo Poder Público e constantemente supervisionados por entidades de classe e organismos independentes de controle bioético heterônomo – devem constituir a “*primeira instância*” decisória das questões afetas à reprodução humana assistida (seleção dos doadores e receptores, escolha da técnica e da execução mais adequadas), proferindo decisões suficientemente fundamentadas, possíveis de futura impugnação pela via judicial.

4. A reprodução é ato complexo, que não se esgota na satisfação do desejo dos pais em ter filhos, mas constitui expressão do projeto parental responsável, circunstancia que demanda a consideração também dos interesses daquele que há de nascer, inclusive em momento anterior à sua concepção. Esta premissa, atrelada à expressão constitucional do melhor interesse da criança e do adolescente, é o principal critério de valoração a orientar o emprego da reprodução assistida.

Nesta perspectiva, a instituição pré-ordenada da monoparentalidade – pela utilização das técnicas por pessoas sozinhas (solteiros, divorciados, viúvos) – deve ser prontamente rejeitada, pois atenta contra o núcleo fundamental de direitos e interesses

daquele que há de nascer. A tutela das famílias monoparentais é um remédio jurídico excepcional a uma situação de vulnerabilidade, invariavelmente presente na prática social, e não pode ser confundida com qualquer sorte de incentivo ou autorização à sua constituição voluntária pela via da reprodução assistida. É eticamente inadmissível condenar-se à orfandade alguém que ainda nem foi concebido. Não subsiste, neste particular, a analogia referente à possibilidade da adoção por pessoas solteiras, pois, neste caso, cuida-se de filho já nascido, cujo melhor interesse seria certamente sacrificado pelo seu desenvolvimento em local diverso do lar familiar.

Como já se afirmou, razões de conveniência dos interessados (presentes em boa parte dos discursos de defesa da inseminação artificial *post mortem* e das outras formas de emprego das técnicas por solteiros e divorciados) jamais podem prevalecer sobre o melhor interesse dos filhos a serem gerados, inclusive por força do que dispõe a tutela constitucional da família (art. 226 e seguintes da Constituição Federal).

A previsão da extensão das técnicas de reprodução humana assistida a “*todas as pessoas capazes, que tenham solicitado o procedimento e cuja indicação não se afaste dos limites desta resolução*” (art. II, inc. 1º da Resolução CFM nº 1.957/2010) padece de flagrante inconstitucionalidade. Por incluir pessoas solteiras, viúvas e divorciadas, esta diretriz viola, frontalmente, a prevalência do melhor interesse da criança e o seu direito à convivência familiar (art. 227, *caput*, da Constituição Federal), desfavorecidos pelo cerceamento, *ab initio*, do direito de ter um pai e uma mãe.

5. A reprodução é a condição fundamental da vida humana, o que constitui o seu caráter absolutamente existencial. Por esta razão, não se pode admitir o desvio das finalidades da reprodução humana assistida, por meio da mercantilização destes recursos. Assim, em uma ordem constitucional alicerçada sobre a dignidade da pessoa humana, que funcionaliza o exercício de direitos proprietários pela satisfação de seus interesses fundamentais, são manifestamente inadmissíveis: o comércio de gametas ou de embriões, a maternidade por substituição mediante pagamento (“locação de útero”) e a remuneração pela doação de gametas.

Além disso, deve-se tomar a devida precaução para não se apreender a existência humana pela ótica dos direitos patrimoniais, tal como muitas vezes ocorreu em relação à verdade registral ou biológica. Em última análise, quando se afirma que alguém “é o **meu** filho, pois **registrado em meu nome**; integrante da **minha família**, enquanto **portador do meu sangue**, do **meu patrimônio** genético” submete-se a filiação a uma leitura típica daquela pertinente à propriedade, como se o *ser* fosse *coisa*, passível de apropriação.

Deve-se rejeitar, definitivamente, qualquer sorte de “reificação”, ou “coisificação” do ser humano, o que implica na rejeição da “*verdade contratual*” própria às avenças de gestação por substituição, bem como, no reconhecimento da necessidade de uma tutela do embrião humano crioconservado, tomado como *pessoa humana*, e não como *coisa*, passível de servir de objeto ao exercício de poderes inerentes ao domínio, tais como o uso, alienação ou destruição.

6. O princípio bioético da autonomia – que, aplicado à reprodução assistida, diz respeito à necessidade de consentimento prévio e inequívoco pelos candidatos a qualquer dos referidos procedimentos – reclama o prévio fornecimento de informação suficiente acerca de todas as variantes envolvidas nas técnicas (probabilidades de êxito, riscos, implicações éticas, jurídicas, biológicas, dentre outros fatores), da maneira que se apresentar mais acessível e inteligível, quanto possível, ao paciente. Tal requisito é indispensável ao implemento do adjetivo “informado” ao consentimento, bem como, ao seu emprego como fundamento ao exercício autônomo de liberdades individuais.

7. A leitura sistemática da Constituição de 1988 revela a existência de um direito fundamental à reprodução humana assistida, como expressão do direito à saúde e ao planejamento familiar. Apesar do caráter fundamental, seu conteúdo não é absoluto, devendo sua exegese pautar-se pela ponderação em relação aos demais princípios constitucionais, sobretudo no que se refere à dignidade humana e privilégio do melhor interesse dos filhos que serão assim gerados.

8. O anonimato entre doadores e receptores de material genético, nas modalidades heterólogas de reprodução assistida é, de fato, pressuposto lógico à sua viabilização. Aqueles que doam o seu material genético ou embrião o fazem por filantropia, pelo ímpeto de, anonimamente, propiciar a terceiros a realização de um projeto parental que em nada se confunde com o projeto reprodutivo do próprio doador. Por isso, a superação do anonimato com eficácia constitutiva de vínculos jurídicos de paternidade implicaria em uma imediata erupção dos alicerces deste sistema, pois tal medida vai de encontro à real intenção contemplada pelo ato de doação, que é a de prestar auxílio anônimo, do mesmo modo como se opera na doação de órgãos e tecidos. Não se deve admitir, portanto, esta possibilidade.

Entretanto, não se pode descurar da existência de um direito à perquirição da ascendência genética, como forma de expressão do direito à identidade e ao conhecimento da própria história, de que são titulares todos os sujeitos (sem exceção para os concebidos pela reprodução assistida, situação que imprime peculiar relevância ao seu exercício). Esta premissa é suficiente à relativização da regra do anonimato, o que deve ocorrer mediante provimento judicial dotado de eficácia meramente declaratória, com aptidão restrita ao estabelecimento de impedimentos matrimoniais (tal como ocorre na adoção), sem quaisquer efeitos constitutivos de vínculos ou quaisquer outros deveres ou prerrogativas inerentes à paternidade ou maternidade jurídica. Nos casos em que a revelação dos dados da ascendência ou descendência genética se justifique por razões clínicas atreladas ao diagnóstico e tratamento de patologias, ou à doação de órgãos e tecidos, é de se admitir a sua efetivação pela via administrativa, devendo-se, na medida do possível, resguardar-se as identidades dos participantes entre si, o que deve ser realizado por intermédio da atuação simultânea da junta médica e da instituição de reprodução assistida onde estão registrados os dados em questão.

9. Sem se descurar do drama da infertilidade feminina e da correlata existência do direito fundamental das esposas e companheiras ao emprego das técnicas de

reprodução assistida para efetivação de seu projeto parental, preponderam razões éticas, morais e jurídicas à inadmissibilidade da gestação por substituição, sobretudo em consideração aos interesses existenciais da gestante, a quem seria imposta a entrega do filho, logo após o parto. De igual modo, conforme verificado, este pacto implica na “coisificação” do filho em gestação, que transitaria entre duas mães pelo exercício de obrigação de entrega, previamente estipulada em contrato, instrumento jurídico afeto, por excelência, ao direito das obrigações e ao trânsito das titularidades.

10. As técnicas de reprodução assistida constituem um privilegiado terreno de encontro entre uma pluralidade de possíveis vínculos de paternidade, maternidade e filiação, o que reclama uma espécie de *eleição* de um (ou mais) liame(s) a prevalecer(em) no caso concreto, tarefa que deve ser efetivada em observância à metodologia civil-constitucional, levando-se em conta a prioridade da proteção e promoção da dignidade, melhor interesse e direitos fundamentais dos filhos (mesmo dos que se planeja conceber). Em linhas gerais, pode-se afirmar que preponderam razões ao estabelecimento da paternidade e maternidade com *base biológica* na inseminação artificial e fertilização *in vitro* homólogas, com *base socioafetiva* na inseminação artificial e fertilização *in vitro* heteróloga e na doação de embriões e, por fim, à vinculação da maternidade ao parto (expressão da *base jurídica* incorporada pelo brocado *mater semper certa est*), o que torna nulos quaisquer pactos referente à entrega do recém-nascido.

Longe de se solucionar, a pretensão relativa à determinação dos vínculos paternos e maternos nas técnicas de reprodução assistida sofreu gradativo incremento em sua complexidade, na razão direta do desenvolvimento da ciência e da ampliação do âmbito de saberes, então compreendidos pelo seu debate. O resultado desta problematização foi, simplesmente, o abalo das estruturas familiares tradicionais e a instauração de incerteza e insegurança? Talvez. Entretanto, uma análise mais refletida revela que este embate é, na verdade, fonte de uma inigualável riqueza epistemológica, capaz de oferecer subsídios à construção de soluções jurídicas ainda mais adequadas à justa satisfação dos interesses existenciais dos indivíduos envolvidos, a partir de uma

metodologia que tem como objetivo fundamental a salvaguarda da dignidade humana e a efetivação da mais legítima escala de valores humanos e sociais.

6. Anexos

6.1. Resolução nº. 1.358/1992 do Conselho Federal de Medicina (revogada).

Adota normas éticas para utilização das técnicas de reprodução assistida.

O CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA, no uso das atribuições que lhe confere a Lei nº 3.268, de 30 de setembro de 1957, regulamentada pelo Decreto 44.045, de 19 de julho de 1958, e

CONSIDERANDO a importância da infertilidade humana como um problema de saúde, com implicações médicas e psicológicas, e a legitimidade do anseio de superá-la;

CONSIDERANDO que o avanço do conhecimento científico já permite solucionar vários dos casos de infertilidade humana;

CONSIDERANDO que as técnicas de Reprodução Assistida têm possibilitado a procriação em diversas circunstâncias em que isto não era possível pelos procedimentos tradicionais;

CONSIDERANDO a necessidade de harmonizar o uso destas técnicas com os princípios da ética médica;

CONSIDERANDO, finalmente, o que ficou decidido na Sessão Plenária do Conselho Federal de Medicina realizada em 11 de novembro de 1992;

RESOLVE:

Art. 1º - Adotar as NORMAS ÉTICAS PARA A UTILIZAÇÃO DAS TÉCNICAS DE REPRODUÇÃO ASSISTIDA, anexas à presente Resolução, como dispositivo deontológico a ser seguido pelos médicos.

Art. 2º - Esta Resolução entra em vigor na data da sua publicação.

São Paulo-SP, 11 de novembro de 1992.

IVAN DE ARAÚJO MOURA FÉ

HERCULES SIDNEI PIRES LIBERAL

Presidente

Secretário-Geral

ANEXO RESOLUÇÃO CFM Nº 1358/92

NORMAS ÉTICAS PARA A UTILIZAÇÃO DAS TÉCNICAS DE REPRODUÇÃO ASSISTIDA

I - PRINCÍPIOS GERAIS

1 - As técnicas de Reprodução Assistida (RA) têm o papel de auxiliar na resolução dos problemas de infertilidade humana, facilitando o processo de procriação quando outras terapêuticas tenham sido ineficazes ou ineficientes para a solução da situação atual de infertilidade.

2 - As técnicas de RA podem ser utilizadas desde que exista probabilidade efetiva de sucesso e não se incorra em risco grave de saúde para a paciente ou o possível descendente.

3 - O consentimento informado será obrigatório e extensivo aos pacientes inférteis e doadores. Os aspectos médicos envolvendo todas as circunstâncias da aplicação de

uma técnica de RA serão detalhadamente expostos, assim como os resultados já obtidos naquela unidade de tratamento com a técnica proposta. As informações devem também atingir dados de caráter biológico, jurídico, ético e econômico. O documento de consentimento informado será em formulário especial, e estará completo com a concordância, por escrito, da paciente ou do casal infértil.

4 - As técnicas de RA não devem ser aplicadas com a intenção de selecionar o sexo ou qualquer outra característica biológica do futuro filho, exceto quando se trate de evitar doenças ligadas ao sexo do filho que venha a nascer.

5 - É proibido a fecundação de óocitos humanos, com qualquer outra finalidade que não seja a procriação humana.

6 - O número ideal de óocitos e pré-embriões a serem transferidos para a receptora não deve ser superior a quatro, com o intuito de não aumentar os riscos já existentes de multiparidade.

7 - Em caso de gravidez múltipla, decorrente do uso de técnicas de RA, é proibida a utilização de procedimentos que visem a redução embrionária.

II - USUÁRIOS DAS TÉCNICAS DE RA

1 - Toda mulher, capaz nos termos da lei, que tenha solicitado e cuja indicação não se afaste dos limites desta Resolução, pode ser receptora das técnicas de RA, desde que tenha concordado de maneira livre e consciente em documento de consentimento informado.

2 - Estando casada ou em união estável, será necessária a aprovação do cônjuge ou do companheiro, após processo semelhante de consentimento informado.

III - REFERENTE ÀS CLÍNICAS, CENTROS OU SERVIÇOS QUE APLICAM TÉCNICAS DE RA

As clínicas, centros ou serviços que aplicam técnicas de RA são responsáveis pelo controle de doenças infecto-contagiosas, coleta, manuseio, conservação, distribuição e transferência de material biológico humano para a usuária de técnicas de RA, devendo apresentar como requisitos mínimos:

- 1** - um responsável por todos os procedimentos médicos e laboratoriais executados, que será, obrigatoriamente, um médico.
- 2** - um registro permanente (obtido através de informações observadas ou relatadas por fonte competente) das gestações, nascimentos e mal-formações de fetos ou recém-nascidos, provenientes das diferentes técnicas de RA aplicadas na unidade em apreço, bem como dos procedimentos laboratoriais na manipulação de gametas e pré-embriões.
- 3** - um registro permanente das provas diagnósticas a que é submetido o material biológico humano que será transferido aos usuários das técnicas de RA, com a finalidade precípua de evitar a transmissão de doenças.

IV - DOAÇÃO DE GAMETAS OU PRÉ-EMBRIÕES

- 1** - A doação nunca terá caráter lucrativa ou comercial.
- 2** - Os doadores não devem conhecer a identidade dos receptores e vice-versa.
- 3** - Obrigatoriamente será mantido o sigilo sobre a identidade dos doadores de gametas e pré-embriões, assim como dos receptores. Em situações especiais, as informações sobre doadores, por motivação médica, podem ser fornecidas exclusivamente para médicos, resguardando-se a identidade civil do doador.

4 - As clínicas, centros ou serviços que empregam a doação devem manter, de forma permanente, um registro de dados clínicos de caráter geral, características fenotípicas e uma amostra de material celular dos doadores.

5 - Na região de localização da unidade, o registro das gestações evitará que um doador tenha produzido mais que 2 (duas) gestações, de sexos diferentes, numa área de um milhão de habitantes.

6 - A escolha dos doadores é de responsabilidade da unidade. Dentro do possível deverá garantir que o doador tenha a maior semelhança fenotípica e imunológica e a máxima possibilidade de compatibilidade com a receptora.

7 - Não será permitido ao médico responsável pelas clínicas, unidades ou serviços, nem aos integrantes da equipe multidisciplinar que nelas prestam serviços, participarem como doadores nos programas de RA.

V - CRIOPRESERVAÇÃO DE GAMETAS OU PRÉ-EMBRIÕES

1 - As clínicas, centros ou serviços podem criopreservar espermatozóides, óvulos e pré-embriões.

2 - O número total de pré-embriões produzidos em laboratório será comunicado aos pacientes, para que se decida quantos pré-embriões serão transferidos a fresco, devendo o excedente ser criopreservado, não podendo ser descartado ou destruído.

3 - No momento da criopreservação, os cônjuges ou companheiros devem expressar sua vontade, por escrito, quanto ao destino que será dado aos pré-embriões criopreservados, em caso de divórcio, doenças graves ou de falecimento de um deles ou de ambos, e quando desejam doá-los.

VI - DIAGNÓSTICO E TRATAMENTO DE PRÉ-EMBRIÕES

As técnicas de RA também podem ser utilizadas na preservação e tratamento de doenças genéticas ou hereditárias, quando perfeitamente indicadas e com suficientes garantias de diagnóstico e terapêutica.

1 - Toda intervenção sobre pré-embriões "in vitro", com fins diagnósticos, não poderá ter outra finalidade que a avaliação de sua viabilidade ou detecção de doenças hereditárias, sendo obrigatório o consentimento informado do casal.

2 - Toda intervenção com fins terapêuticos, sobre pré-embriões "in vitro", não terá outra finalidade que tratar uma doença ou impedir sua transmissão, com garantias reais de sucesso, sendo obrigatório o consentimento informado do casal.

3 - O tempo máximo de desenvolvimento de pré-embriões "in vitro" será de 14 dias.

VII - SOBRE A GESTAÇÃO DE SUBSTITUIÇÃO (DOAÇÃO TEMPORÁRIA DO ÚTERO)

As Clínicas, Centros ou Serviços de Reprodução Humana podem usar técnicas de RA para criarem a situação identificada como gestação de substituição, desde que exista um problema médico que impeça ou contra-indique a gestação na doadora genética.

1 - As doadoras temporárias do útero devem pertencer à família da doadora genética, num parentesco até o segundo grau, sendo os demais casos sujeitos à autorização do Conselho Regional de Medicina.

2 - A doação temporária do útero não poderá ter caráter lucrativo ou comercial.

6.2. Resolução nº. 1.957/2010 do Conselho Federal de Medicina (em vigor)

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA

RESOLUÇÃO Nº 1.957, DE 15 DE DEZEMBRO DE 2010

DOU de 06/01/2011 (nº 4, Seção 1, pág. 79)

O CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA, no uso das atribuições conferidas pela Lei nº 3.268, de 30 de setembro de 1957, alterada pela Lei nº 11.000, de 15 de dezembro de 2004, regulamentada pelo Decreto nº 44.045, de 19 de julho de 1958, e

CONSIDERANDO a importância da infertilidade humana como um problema de saúde, com implicações médicas e psicológicas, e a legitimidade do anseio de superá-la;

CONSIDERANDO que o avanço do conhecimento científico permite solucionar vários dos casos de reprodução humana;

CONSIDERANDO que as técnicas de reprodução assistida têm possibilitado a procriação em diversas circunstâncias, o que não era possível pelos procedimentos tradicionais;

CONSIDERANDO a necessidade de harmonizar o uso dessas técnicas com os princípios da ética médica;

CONSIDERANDO, finalmente, o decidido na sessão plenária do Conselho Federal de Medicina realizada em 15 de dezembro de 2010, resolve:

Art. 1º - Adotar as NORMAS ÉTICAS PARA A UTILIZAÇÃO DAS TÉCNICAS DE REPRODUÇÃO ASSISTIDA, anexas à presente resolução, como dispositivo deontológico a ser seguido pelos médicos.

Art. 2º - Esta resolução entra em vigor na data de sua publicação, revogando-se a Resolução CFM nº 1.358/92, publicada no DOU, Seção 1, de 19 de novembro de 1992, página 16053.

ROBERTO LUIZ D'AVILA - Presidente do Conselho

HENRIQUE BATISTA E SILVA - Secretário-Geral

ANEXO ÚNICO

NORMAS ÉTICAS PARA A UTILIZAÇÃO DAS TÉCNICAS DE REPRODUÇÃO ASSISTIDA

I - PRINCÍPIOS GERAIS

1 - As técnicas de reprodução assistida (RA) têm o papel de auxiliar na resolução dos problemas de reprodução humana, facilitando o processo de procriação quando outras terapêuticas tenham se revelado ineficazes ou consideradas inapropriadas.

2 - As técnicas de RA podem ser utilizadas desde que exista probabilidade efetiva de sucesso e não se incorra em risco grave de saúde para a paciente ou o possível descendente.

3 - O consentimento informado será obrigatório a todos os pacientes submetidos às técnicas de reprodução assistida, inclusive aos doadores. Os aspectos médicos envolvendo as circunstâncias da aplicação de uma técnica de RA serão detalhadamente expostos, assim como os resultados obtidos naquela unidade de tratamento com a técnica proposta. As informações devem também atingir dados de caráter biológico, jurídico, ético e econômico. O documento de consentimento informado será expresso

em formulário especial e estará completo com a concordância, por escrito, das pessoas submetidas às técnicas de reprodução assistida.

4 - As técnicas de RA não devem ser aplicadas com a intenção de selecionar o sexo (sexagem) ou qualquer outra característica biológica do futuro filho, exceto quando se trate de evitar doenças ligadas ao sexo do filho que venha a nascer.

5 - É proibida a fecundação de oócitos humanos com qualquer outra finalidade que não a procriação humana.

6 - O número máximo de oócitos e embriões a serem transferidos para a receptora não pode ser superior a quatro. Em relação ao número de embriões a serem transferidos, são feitas as seguintes determinações: a) mulheres com até 35 anos: até dois embriões); b) mulheres entre 36 e 39 anos: até três embriões; c) mulheres com 40 anos ou mais: até quatro embriões.

7 - Em caso de gravidez múltipla, decorrente do uso de técnicas de RA, é proibida a utilização de procedimentos que visem à redução embrionária.

II - PACIENTES DAS TÉCNICAS DE RA

1 - Todas as pessoas capazes, que tenham solicitado o procedimento e cuja indicação não se afaste dos limites desta resolução, podem ser receptoras das técnicas de RA desde que os participantes estejam de inteiro acordo e devidamente esclarecidos sobre o mesmo, de acordo com a legislação vigente.

III - REFERENTE ÀS CLÍNICAS, CENTROS OU SERVIÇOS QUE APLICAM TÉCNICAS DE RA

As clínicas, centros ou serviços que aplicam técnicas de RA são responsáveis pelo controle de doenças infectocontagiosas, coleta, manuseio, conservação, distribuição,

transferência e descarte de material biológico humano para a paciente de técnicas de RA, devendo apresentar como requisitos mínimos:

- 1** - um diretor técnico responsável por todos os procedimentos médicos e laboratoriais executados, que será, obrigatoriamente, um médico registrado no Conselho Regional de Medicina de sua jurisdição.
- 2** - um registro permanente (obtido por meio de informações observadas ou relatadas por fonte competente) das gestações, nascimentos e malformações de fetos ou recém-nascidos, provenientes das diferentes técnicas de RA aplicadas na unidade em apreço, bem como dos procedimentos laboratoriais na manipulação de gametas e embriões.
- 3** - um registro permanente das provas diagnósticas a que é submetido o material biológico humano que será transferido aos pacientes das técnicas de RA, com a finalidade precípua de evitar a transmissão de doenças.

IV - DOAÇÃO DE GAMETAS OU EMBRIÕES

- 1** - A doação nunca terá caráter lucrativo ou comercial.
- 2** - Os doadores não devem conhecer a identidade dos receptores e vice-versa.
- 3** - Obrigatoriamente será mantido o sigilo sobre a identidade dos doadores de gametas e embriões, bem como dos receptores. Em situações especiais, as informações sobre doadores, por motivação médica, podem ser fornecidas exclusivamente para médicos, resguardando-se a identidade civil do doador.
- 4** - As clínicas, centros ou serviços que empregam a doação devem manter, de forma permanente, um registro de dados clínicos de caráter geral, características fenotípicas e uma amostra de material celular dos doadores.
- 5** - Na região de localização da unidade, o registro dos nascimentos evitará que um(a) doador(a) venha a produzir mais do que uma gestação de criança de sexo diferente numa área de um milhão de habitantes.

6 - A escolha dos doadores é de responsabilidade da unidade.

Dentro do possível deverá garantir que o doador tenha a maior semelhança fenotípica e imunológica e a máxima possibilidade de compatibilidade com a receptora.

7 - Não será permitido ao médico responsável pelas clínicas, unidades ou serviços, nem aos integrantes da equipe multidisciplinar que nelas trabalham participar como doador nos programas de RA.

V - CRIOPRESERVAÇÃO DE GAMETAS OU EMBRIÕES

1 - As clínicas, centros ou serviços podem criopreservar espermatozoides, óvulos e embriões.

2 - Do número total de embriões produzidos em laboratório, os excedentes, viáveis, serão criopreservados.

3 - No momento da criopreservação, os cônjuges ou companheiros devem expressar sua vontade, por escrito, quanto ao destino que será dado aos pré-embriões criopreservados em caso de divórcio, doenças graves ou falecimento de um deles ou de ambos, e quando desejam doá-los.

VI - DIAGNÓSTICO E TRATAMENTO DE EMBRIÕES

As técnicas de RA também podem ser utilizadas na preservação e tratamento de doenças genéticas ou hereditárias, quando perfeitamente indicadas e com suficientes garantias de diagnóstico e terapêutica

1 - Toda intervenção sobre embriões in vitro, com fins diagnósticos, não poderá ter outra finalidade que não a de avaliar sua viabilidade ou detectar doenças hereditárias, sendo obrigatório o consentimento informado do casal.

2 - Toda intervenção com fins terapêuticos sobre embriões in vitro não terá outra finalidade que não a de tratar uma doença ou impedir sua transmissão, com garantias reais de sucesso, sendo obrigatório o consentimento informado do casal.

3 - O tempo máximo de desenvolvimento de embriões in vitro será de 14 dias.

VII - SOBRE A GESTAÇÃO DE SUBSTITUIÇÃO (DOAÇÃO TEMPORÁRIA DO ÚTERO)

As clínicas, centros ou serviços de reprodução humana podem usar técnicas de RA para criarem a situação identificada como gestação de substituição, desde que exista um problema médico que impeça ou contraindique a gestação na doadora genética.

1 - As doadoras temporárias do útero devem pertencer à família da doadora genética, num parentesco até o segundo grau, sendo os demais casos sujeitos à autorização do Conselho Regional de Medicina.

2 - A doação temporária do útero não poderá ter caráter lucrativo ou comercial.

VIII - REPRODUÇÃO ASSISTIDA POST MORTEM

Não constitui ilícito ético a reprodução assistida post mortem desde que haja autorização prévia específica do(a) falecido(a) para o uso do material biológico criopreservado, de acordo com a legislação vigente.

6.3. Projeto de Lei nº 1184, de 2003, elaborado pelo Deputado José Sarney.

Dispõe sobre a Reprodução Assistida

O **Congresso Nacional** decreta:

CAPÍTULO I

DOS PRINCÍPIOS GERAIS

Art. 1º Esta Lei regulamenta o uso das técnicas de Reprodução Assistida (RA) para a implantação artificial de gametas ou embriões humanos, fertilizados *in vitro*, no organismo de mulheres receptoras.

Parágrafo único. Para os efeitos desta Lei, atribui-se a denominação de:

I – embriões humanos: ao resultado da união *in vitro* de gametas, previamente à sua implantação no organismo receptor, qualquer que seja o estágio de seu desenvolvimento;

II – beneficiários: às mulheres ou aos casais que tenham solicitado o emprego da Reprodução Assistida;

III – consentimento livre e esclarecido: ao ato pelo qual os beneficiários são esclarecidos sobre a Reprodução Assistida e manifestam, em documento, consentimento para a sua realização, conforme disposto no Capítulo II desta Lei.

Art. 2º A utilização das técnicas de Reprodução Assistida será permitida, na forma autorizada nesta Lei e em seus regulamentos, nos casos em que se verifique infertilidade e para a prevenção de doenças genéticas ligadas ao sexo, e desde que:

I – exista indicação médica para o emprego da Reprodução Assistida, consideradas as demais possibilidades terapêuticas disponíveis, segundo o disposto em regulamento;

II – a receptora da técnica seja uma mulher civilmente capaz, nos termos da lei, que tenha solicitado o tratamento de maneira livre, consciente e informada, em documento de consentimento livre e esclarecido, a ser elaborado conforme o disposto no Capítulo II desta Lei;

III – a receptora da técnica seja apta, física e psicologicamente, após avaliação que leve em conta sua idade e outros critérios estabelecidos em regulamento;

IV – o doador seja considerado apto física e mentalmente, por meio de exames clínicos e complementares que se façam necessários.

Parágrafo único. Caso não se diagnostique causa definida para a situação de infertilidade, observar-se-á, antes da utilização da Reprodução Assistida, prazo mínimo de espera, que será estabelecido em regulamento e levará em conta a idade da mulher receptora.

Art. 3º É proibida a gestação de substituição.

CAPÍTULO II

DO CONSENTIMENTO LIVRE E ESCLARECIDO

Art. 4º O consentimento livre e esclarecido será obrigatório para ambos os beneficiários, nos casos em que a beneficiária seja uma mulher casada ou em união estável, vedada a manifestação da vontade por procurador, e será formalizado em instrumento particular, que conterá necessariamente os seguintes esclarecimentos:

I – a indicação médica para o emprego de Reprodução Assistida, no caso específico, com manifestação expressa dos beneficiários da falta de interesse na adoção de criança ou adolescente;

II – os aspectos técnicos, as implicações médicas das diferentes fases das modalidades de Reprodução Assistida disponíveis e os custos envolvidos em cada uma delas;

III – os dados estatísticos referentes à efetividade dos resultados obtidos no serviço de saúde onde se realizará o procedimento de Reprodução Assistida;

IV – os resultados estatísticos e probabilísticos acerca da incidência e prevalência dos efeitos indesejados nas técnicas de Reprodução Assistida, em geral e no serviço de saúde onde esta será realizada;

V – as implicações jurídicas da utilização de Reprodução Assistida;

VI – os procedimentos autorizados pelos beneficiários, inclusive o número de embriões a serem produzidos, observado o limite disposto no art. 13 desta Lei;

VII – as condições em que o doador ou depositante autoriza a utilização de seus gametas, inclusive postumamente;

VIII – demais requisitos estabelecidos em regulamento.

§ 1º O consentimento mencionado neste artigo será também exigido do doador e de seu cônjuge ou da pessoa com quem viva em união estável e será firmado conforme as normas regulamentadoras, as quais especificarão as informações mínimas que lhes serão transmitidas.

§ 2º No caso do § 1º, as informações mencionadas devem incluir todas as implicações decorrentes do ato de doar, inclusive a possibilidade de a identificação do doador vir a ser conhecida.

CAPÍTULO III

DOS SERVIÇOS DE SAÚDE E PROFISSIONAIS

Art. 5º Os serviços de saúde que realizam a Reprodução Assistida são responsáveis:

I – pela elaboração, em cada caso, de laudo com a indicação da necessidade e oportunidade para o emprego da técnica de Reprodução Assistida;

II – pelo recebimento de doações e pelas fases de coleta, manuseio, controle de doenças infecto-contagiosas, conservação, distribuição e transferência do material biológico humano utilizado na Reprodução Assistida, vedando-se a transferência de sêmen doado a fresco;

III – pelo registro de todas as informações relativas aos doadores e aos casos em que foi utilizada a Reprodução Assistida, pelo prazo de 50 (cinquenta) anos;

IV – pela obtenção do consentimento livre e esclarecido dos beneficiários de Reprodução Assistida, doadores e respectivos cônjuges ou companheiros em união estável, na forma definida no Capítulo II desta Lei;

V – pelos procedimentos médicos e laboratoriais executados;

VI – pela obtenção do Certificado de Qualidade em Biossegurança junto ao órgão competente;

VII – pela obtenção de licença de funcionamento a ser expedida pelo órgão competente da administração, definido em regulamento.

Parágrafo único. As responsabilidades estabelecidas neste artigo não excluem outras, de caráter complementar, a serem estabelecidas em regulamento.

Art. 6º Para obter a licença de funcionamento, os serviços de saúde que realizam Reprodução Assistida devem cumprir os seguintes requisitos mínimos:

I – funcionar sob a direção de um profissional médico, devidamente capacitado para realizar a Reprodução Assistida, que se responsabilizará por todos os procedimentos médicos e laboratoriais executados;

II – dispor de equipes multiprofissionais, recursos técnicos e materiais compatíveis com o nível de complexidade exigido pelo processo de Reprodução Assistida;

III – dispor de registro de todos os casos em que tenha sido empregada a Reprodução Assistida, ocorra ou não gravidez, pelo prazo de 50 (cinquenta) anos;

IV – dispor de registro dos doadores e das provas diagnósticas realizadas, pelo prazo de 50 (cinquenta) anos após o emprego do material biológico;

V – encaminhar relatório semestral de suas atividades ao órgão competente definido em regulamento.

§ 1º A licença mencionada no *caput* deste artigo será válida por até 3 (três) anos, renovável ao término de cada período, desde que obtido ou mantido o Certificado de Qualidade em Biossegurança, podendo ser revogada em virtude do descumprimento de qualquer disposição desta Lei ou de seu regulamento.

§ 2º O registro citado no inciso III deste artigo deverá conter a identificação dos beneficiários e doadores, as técnicas utilizadas, a pré-seleção sexual, quando imprescindível, na forma do art. 15 desta Lei, a ocorrência ou não de gravidez, o desenvolvimento das gestações, os nascimentos, as malformações de fetos ou recém-nascidos e outros dados definidos em regulamento.

§ 3º Em relação aos doadores, o registro citado no inciso IV deste artigo deverá conter a identidade civil, os dados clínicos de caráter geral, foto acompanhada das características fenotípicas e uma amostra de material celular.

§ 4º As informações de que trata este artigo são consideradas sigilosas, salvo nos casos especificados nesta Lei.

§ 5º No caso de encerramento das atividades, os serviços de saúde transferirão os registros para o órgão competente do Poder Público, determinado no regulamento.

CAPÍTULO IV

DAS DOAÇÕES

Art. 7º Será permitida a doação de gametas, sob a responsabilidade dos serviços de saúde que praticam a Reprodução Assistida, vedadas a remuneração e a cobrança por esse material, a qualquer título.

§ 1º Não será permitida a doação quando houver risco de dano para a saúde do doador, levando-se em consideração suas condições físicas e mentais.

§ 2º O doador de gameta é obrigado a declarar:

I – não haver doado gameta anteriormente;

II – as doenças de que tem conhecimento ser portador, inclusive os antecedentes familiares, no que diz respeito a doenças genético-hereditárias e outras.

§ 3º Poderá ser estabelecida idade limite para os doadores, com base em critérios que busquem garantir a qualidade dos gametas doados, quando da regulamentação desta Lei.

§ 4º Os gametas doados e não-utilizados serão mantidos congelados até que se dê o êxito da gestação, após o quê proceder-se-á ao descarte dos mesmos, de forma a garantir que o doador beneficiará apenas uma única receptora.

Art. 8º Os serviços de saúde que praticam a Reprodução Assistida estarão obrigados a zelar pelo sigilo da doação, impedindo que doadores e beneficiários venham a conhecer reciprocamente suas identidades, e pelo sigilo absoluto das informações sobre a pessoa nascida por processo de Reprodução Assistida.

Art. 9º O sigilo estabelecido no art. 8º poderá ser quebrado nos casos autorizados nesta Lei, obrigando-se o serviço de saúde responsável pelo emprego da Reprodução Assistida a fornecer as informações solicitadas, mantido o segredo profissional e, quando possível, o anonimato.

§ 1º A pessoa nascida por processo de Reprodução Assistida terá acesso, a qualquer tempo, diretamente ou por meio de representante legal, e desde que manifeste sua vontade, livre, consciente e esclarecida, a todas as informações sobre o processo que o gerou, inclusive à identidade civil do doador, obrigando-se o serviço de saúde responsável a fornecer as informações solicitadas, mantidos os segredos profissional e de justiça.

§ 2º Quando razões médicas ou jurídicas indicarem ser necessário, para a vida ou a saúde da pessoa gerada por processo de Reprodução Assistida, ou para oposição de impedimento do casamento, obter informações genéticas relativas ao doador, essas deverão ser fornecidas ao médico solicitante, que guardará o devido segredo profissional, ou ao oficial do registro civil ou a quem presidir a celebração do casamento, que notificará os nubentes e procederá na forma da legislação civil.

§ 3º No caso de motivação médica, autorizado no § 2º, resguardar-se-á a identidade civil do doador mesmo que o médico venha a entrevistá-lo para obter maiores informações sobre sua saúde.

Art. 10. A escolha dos doadores será de responsabilidade do serviço de saúde que pratica a Reprodução Assistida e deverá assegurar a compatibilidade imunológica entre doador e receptor.

Art. 11. Não poderão ser doadores os dirigentes, funcionários e membros de equipes, ou seus parentes até o quarto grau, de serviço de saúde no qual se realize a Reprodução Assistida.

Parágrafo único. As pessoas absolutamente incapazes não poderão ser doadoras de gametas.

Art. 12. O Titular do Cartório de Registro Civil de Pessoas Naturais fica obrigado a comunicar ao órgão competente previsto no art. 5º, incisos VI e VII, até o dia 10 de cada mês, o registro dos óbitos ocorridos no mês imediatamente anterior, devendo da relação constar a filiação, a data e o local de nascimento da pessoa falecida.

§ 1º No caso de não haver sido registrado nenhum óbito, deverá o Titular do Cartório de Registro Civil de Pessoas Naturais comunicar esse fato ao referido órgão no prazo estipulado no *caput* deste artigo.

§ 2º A falta de comunicação na época própria, bem como o envio de informações inexatas, sujeitará o Titular de Cartório de Registro Civil de Pessoas Naturais a multa variável de R\$ 636,17 (seiscentos e trinta e seis reais e dezessete centavos) a R\$ 63.617,35 (sessenta e três mil, seiscentos e dezessete reais e trinta e cinco centavos), na forma do regulamento.

§ 3º A comunicação deverá ser feita por meio de formulários para cadastramento de óbito, conforme modelo aprovado em regulamento.

§ 4º Deverão constar, além dos dados referentes à identificação do Cartório de Registro Civil de Pessoas Naturais, pelo menos uma das seguintes informações relativas à pessoa falecida:

I – número de inscrição do PIS/Pasep;

II – número de inscrição do Instituto Nacional do Seguro Social - INSS, se contribuinte individual, ou número de benefício previdenciário - NB, se a pessoa falecida for titular de qualquer benefício pago pelo INSS;

III – número do CPF;

IV – número de registro de Carteira de Identidade e respectivo órgão emissor;

V – número do título de eleitor;

VI – número do registro de nascimento ou casamento, com informação do livro, da folha e do termo;

VII – número e série da Carteira de Trabalho.

CAPÍTULO V

DOS GAMETAS E EMBRIÕES

Art. 13. Na execução da técnica de Reprodução Assistida, poderão ser produzidos e transferidos até 2 (dois) embriões, respeitada a vontade da mulher receptora, a cada ciclo reprodutivo.

§ 1º Serão obrigatoriamente transferidos a fresco todos os embriões obtidos, obedecido ao critério definido no *caput* deste artigo.

§ 2º Os embriões originados *in vitro*, anteriormente à sua implantação no organismo da receptora, não são dotados de personalidade civil.

§ 3º Os beneficiários são juridicamente responsáveis pela tutela do embrião e seu ulterior desenvolvimento no organismo receptor.

§ 4º São facultadas a pesquisa e experimentação com embriões transferidos e espontaneamente abortados, desde que haja autorização expressa dos beneficiários.

§ 5º O tempo máximo de desenvolvimento de embriões *in vitro* será definido em regulamento.

Art. 14. Os serviços de saúde são autorizados a preservar gametas humanos, doados ou depositados apenas para armazenamento, pelos métodos e prazos definidos em regulamento.

§ 1º Os gametas depositados apenas para armazenamento serão entregues somente à pessoa depositante, não podendo ser destruídos sem sua autorização.

§ 2º É obrigatório o descarte de gametas:

I – quando solicitado pelo depositante;

II – quando houver previsão no documento de consentimento livre e esclarecido;

III – nos casos de falecimento do depositante, salvo se houver manifestação de sua vontade, expressa em documento de consentimento livre e esclarecido ou em testamento, permitindo a utilização póstuma de seus gametas.

Art. 15. A pré-seleção sexual será permitida nas situações clínicas que apresentarem risco genético de doenças relacionadas ao sexo, conforme se dispuser em regulamento.

CAPÍTULO VI

DA FILIAÇÃO DA CRIANÇA

Art. 16. Será atribuída aos beneficiários a condição de paternidade plena da criança nascida mediante o emprego de técnica de Reprodução Assistida.

§ 1º A morte dos beneficiários não restabelece o poder parental dos pais biológicos.

§ 2º A pessoa nascida por processo de Reprodução Assistida e o doador terão acesso aos registros do serviço de saúde, a qualquer tempo, para obter informações para

transplante de órgãos ou tecidos, garantido o segredo profissional e, sempre que possível, o anonimato.

§ 3º O acesso mencionado no § 2º estender-se-á até os parentes de 2º grau do doador e da pessoa nascida por processo de Reprodução Assistida.

Art. 17. O doador e seus parentes biológicos não terão qualquer espécie de direito ou vínculo, quanto à paternidade ou maternidade, em relação à pessoa nascida a partir do emprego das técnicas de Reprodução Assistida, salvo os impedimentos matrimoniais elencados na legislação civil.

Art. 18. Os serviços de saúde que realizam a Reprodução Assistida sujeitam-se, sem prejuízo das competências de órgão da administração definido em regulamento, à fiscalização do Ministério Público, com o objetivo de resguardar a saúde e a integridade física das pessoas envolvidas, aplicando-se, no que couber, as disposições da Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente).

CAPÍTULO VII

DAS INFRAÇÕES E PENALIDADES

Art. 19. Constituem crimes:

I – praticar a Reprodução Assistida sem estar habilitado para a atividade:

Pena – detenção, de 1 (um) a 3 (três) anos, e multa;

II – praticar a Reprodução Assistida sem obter o consentimento livre e esclarecido dos beneficiários e dos doadores na forma determinada nesta Lei ou em desacordo com os termos constantes do documento de consentimento por eles assinado:

Pena – reclusão, de 1 (um) a 4 (quatro) anos, e multa;

III – participar do procedimento de gestação de substituição, na condição de beneficiário, intermediário ou executor da técnica:

Pena – reclusão, de 1 (um) a 3 (três) anos, e multa;

IV – fornecer gametas depositados apenas para armazenamento a qualquer pessoa que não o próprio depositante, ou empregar esses gametas sem sua prévia autorização:

Pena – reclusão, de 1 (um) a 3 (três) anos, e multa;

V – deixar de manter as informações exigidas na forma especificada, não as fornecer nas situações previstas ou divulgá-las a outrem nos casos não autorizados, consoante as determinações desta Lei:

Pena – detenção, de 1 (um) a 3 (três) anos, e multa;

VI – utilizar gametas de doadores ou depositantes sabidamente falecidos, salvo na hipótese em que tenha sido autorizada, em documento de consentimento livre e esclarecido, ou em testamento, a utilização póstuma de seus gametas:

Pena – reclusão, de 1 (um) a 3 (três) anos, e multa;

VII – implantar mais de 2 (dois) embriões na mulher receptora:

Pena – reclusão, de 1 (um) a 3 (três) anos, e multa;

VIII – realizar a pré-seleção sexual de gametas ou embriões, ressalvado o disposto nesta Lei:

Pena – reclusão, de 1 (um) a 3 (três) anos, e multa;

IX – produzir embriões além da quantidade permitida:

Pena – reclusão, de 1 (um) a 3 (três) anos, e multa;

X – armazenar ou ceder embriões, ressalvados os casos em que a implantação seja contra-indicada:

Pena – reclusão, de 1 (um) a 3 (três) anos, e multa;

XI – deixar o médico de implantar na mulher receptora os embriões produzidos, exceto no caso de contra-indicação médica:

Pena – reclusão, de 1 (um) a 3 (três) anos, e multa;

XII – descartar embrião antes da implantação no organismo receptor:

Pena – reclusão, de 1 (um) a 3 (três) anos, e multa;

XIII – utilizar gameta:

a) doado por dirigente, funcionário ou membro de equipe do serviço de saúde em que se realize a Reprodução Assistida, ou seus parentes até o quarto grau;

b) de pessoa incapaz;

c) de que tem ciência ser de um mesmo doador, para mais de um beneficiário;

d) sem que tenham sido os beneficiários ou doadores submetidos ao controle de doenças infecto-contagiosas e a outros exames complementares:

Pena – reclusão, de 1 (um) a 3 (três) anos, e multa.

Parágrafo único. Ao aplicar as medidas previstas neste artigo, o juiz considerará a natureza e a gravidade do delito e a periculosidade do agente.

Art. 20. Constituem crimes:

I – intervir sobre gametas ou embriões *in vitro* com finalidade diferente das permitidas nesta Lei:

Pena – detenção, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos, e multa;

II – utilizar o médico do próprio gameta para realizar a Reprodução Assistida, exceto na qualidade de beneficiário:

Pena – detenção, de 1 (um) a 2 (dois) anos, e multa;

III – omitir o doador dados ou fornecimento de informação falsa ou incorreta sobre qualquer aspecto relacionado ao ato de doar:

Pena – detenção, de 1 (um) a 3 (três) anos, e multa;

IV – praticar o método redução embrionária, com consentimento, após a implantação no organismo da receptora, salvo nos casos em que houver risco de vida para a mulher:

Pena – reclusão de 1 (um) a 4 (quatro) anos;

V – praticar o método redução embrionária, sem consentimento, após a implantação no organismo da receptora, salvo nos casos em que houver risco de vida para a mulher:

Pena – reclusão de 3 (três) a 10 (dez) anos.

Parágrafo único. As penas cominadas nos incisos IV e V deste artigo são aumentadas de 1/3 (um terço), se, em consequência do procedimento redutor, a receptora sofre lesão corporal de natureza grave; e são duplicadas, se, pela mesma causa, lhe sobrevém a morte.

Art. 21. A prática de qualquer uma das condutas arroladas neste Capítulo acarretará a perda da licença do estabelecimento de Reprodução Assistida, sem prejuízo das demais sanções legais cabíveis.

CAPÍTULO VIII

DAS DISPOSIÇÕES FINAIS

Art. 22. Os embriões conservados até a data de entrada em vigor desta Lei poderão ser doados exclusivamente para fins reprodutivos, com o consentimento prévio dos primeiros beneficiários, respeitados os dispositivos do Capítulo IV.

Parágrafo único. Presume-se autorizada a doação se, no prazo de 60 (sessenta) dias, os primeiros beneficiários não se manifestarem em contrário.

Art. 23. O Poder Público promoverá campanhas de incentivo à utilização, por pessoas inférteis ou não, dos embriões preservados e armazenados até a data de publicação desta Lei, preferencialmente ao seu descarte.

Art. 24. O Poder Público organizará um cadastro nacional de informações sobre a prática da Reprodução Assistida em todo o território, com a finalidade de organizar estatísticas e tornar disponíveis os dados sobre o quantitativo dos procedimentos

realizados, a incidência e prevalência dos efeitos indesejados e demais complicações, os serviços de saúde e os profissionais que a realizam e demais informações consideradas apropriadas, segundo se dispuser em regulamento.

Art. 25. A Lei nº 8.974, de 5 de janeiro de 1995, passa a vigorar acrescida do seguinte art. 8º-A:

“Art. 8º-A. São vedados, na atividade com humanos, os experimentos de clonagem radical através de qualquer técnica de genetechnologia.”

Art. 26. O art. 13 da Lei nº 8.974, de 1995, passa a vigorar acrescido do seguinte inciso IV, renumerando-se os demais:

“Art. 13.....
.....

IV – realizar experimentos de clonagem humana radical através de qualquer técnica de genetechnologia;

.....” (NR)

Art. 27. Esta Lei entra em vigor 180 (cento e oitenta) dias a partir da data de sua publicação.

Senado Federal, em de junho de 2003.

Senador José Sarney

Presidente do Senado Federal

7. Bibliografia

- ABDELMASSIH, Roger (et.al.). **Resultados laboratoriais da fivete**: análise em 382 ciclos. In: *Reprodução*. v. 7. jan/mar. 1992. São Paulo: Sociedade Brasileira de Reprodução Humana, 1992.
- AGUIAR JR., Ruy Rosado de (Org.). **Jornada de Direito Civil**. Brasília: CJF, 2007.
- ALMEIDA, Maria Christina de. **Dna e Estado de Filiação à luz da Dignidade Humana**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.
- ANGELUCI, Cleber Affonso. **Amor tem preço?** In: *Revista CEJ*. Brasília, n. 35. out./dez. 2006. Brasília: CEJ, 1997.
- ASCENSÃO, José de Oliveira. **Problemas jurídicos da procriação assistida**. In: *Revista Forense*. v. 328. out/dez. 1994. Rio de Janeiro: Forense, 1994.
- BARBOZA, Heloisa Helena. **Direito à Identidade Genética**. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.). *Família e cidadania: o Novo Código Civil Brasileiro e a vacatio legis*: Anais do III Congresso Brasileiro de Direito de Família. Belo Horizonte: IBDFAM/Del Rey, 2002.
- _____. BARBOZA, Heloisa Helena. **O princípio do Melhor Interesse da Criança e do Adolescente**. In: PEREIRA, Rodrigo Da Cunha (Coord.). *Anais do II Congresso Brasileiro de Direito de Família: a família na travessia do milênio*. Belo Horizonte: Del Rey, 2000.
- _____. **O direito de família brasileiro no final do século XX**. In: BARRETO, Vicente (org.). *A nova família: problemas e perspectivas*. Rio de Janeiro: Renovar, 1997.

BARROSO, Luiz Roberto. **A Constituição e a efetividade de suas normas**. 2. ed.
Rio de Janeiro: Renovar, 1993

BJÖRNDAHL, Lars; BARRATT, Christopher LR. **Sex selection**: A survey of
laboratory methods and clinical results, p. 6. Disponível em
<http://www.hfea.gov.uk/docs/Appendix_C_-_Scientific_and_Technical_Literature_Review.pdf> Acesso em 07/12/2010).

BRANDESLAW. **New York Divorce and Family Law**. Disponível em
<<http://www.brandeslaw.com/NewsPage/kass.htm>>. Acesso em 06/01/2010.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AgRg no REsp 363558/DF, Rel. Ministro Luis
Felipe Salomão, Quarta Turma, julgado em 04/02/2010, DJe 22/02/2010.

_____. AgRg no REsp 895545/MG, Rel. Ministro Sidnei Beneti, Terceira Turma,
julgado em 18/05/2010, DJe 07/06/2010.

_____. AgRg no REsp 899981/MG, Rel. Ministro Vasco Della Giustina
(Desembargador Convocado do TJ/RS), Terceira Turma, julgado em 24/08/2010,
DJe 01/09/2010.

_____. REsp 127541/RS, Rel. Ministro Eduardo Ribeiro, Terceira Turma, julgado em
10/04/2000, DJ 28/08/2000, p. 72.

_____. REsp 196966/DF, Rel. Ministro Ruy Rosado de Aguiar, Quarta Turma,
julgado em 07/12/1999, DJ 28/02/2000, p. 88.

_____. REsp 226436/PR, Rel. Ministro Sálvio De Figueiredo Teixeira, Quarta Turma, julgado em 28/06/2001, DJ 04/02/2002, p. 370.

_____. REsp 330172/RJ, Rel. Ministro Sálvio De Figueiredo Teixeira, Quarta Turma, julgado em 18/12/2001, DJ 22/04/2002, p. 213.

_____. REsp 402859/SP, Rel. Ministro Barros Monteiro, Quarta Turma, julgado em 22/02/2005, DJ 28/03/2005, p. 260.

_____. REsp 427117/MS, Rel. Ministro Castro Filho, Terceira Turma, julgado em 04/11/2003, DJ 16/02/2004, p. 241.

_____. REsp 460302/PR, Rel. Ministro Castro Filho, Terceira Turma, julgado em 28/10/2003, DJ 17/11/2003, p. 320.

_____. REsp 692242/MG, Rel. Ministra Nancy Andrichi, Terceira Turma, julgado em 28/06/2005, DJ 12/09/2005, p. 327.

_____. REsp 1088157/PB, Rel. Ministro Massami Uyeda, Terceira Turma, julgado em 23/06/2009, DJe 04/08/2009.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC 71373, Relator: Min. Francisco Rezek, Relator p/ Acórdão: Min. Marco Aurélio, Tribunal Pleno, julgado em 10/11/1994, DJ 22-11-1996 PP-45686.

_____. RE 56892, Relator: Min. Evandro Lins, Primeira Turma, julgado em 18/05/1965, DJ 16-06-1965.

_____. RE 71474, Relator: Min. Amaral Santos, Primeira Turma, julgado em 14/04/1972, RTJ VOL-62681.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal. Proc. 20080310179926 - Rel. Des. João Egmont Leôncio Lopes - DJe 19.08.2010.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. Apelação Cível nº 1.0525.08.133686-5/001(1). 4ª Câmara Cível. Rel. Des. Dárcio Lopardi Mendes. DJ: 30/03/2010.

_____. Apelação Cível nº 1.0105.02.060668-4/001(1). 8ª Câmara Cível. Rel. Des. Teresa Cristina da Cunha Peixoto.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina. Apelação Cível nº 2005.000406-5.4ª Câmara de Direito Civil. Rel. Des. Monteiro Rocha. Julg.: 01/08/2008.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Apelação Cível Nº 594101032, Oitava Câmara Cível, Relator: Antônio Carlos Stangler Pereira, Julgado em 27/10/1994.

_____. Apelação Cível Nº 598016186, Quarta Câmara Cível, Relator: Des. João Carlos Branco Cardoso, Julgado em 03/06/1998.

_____. Apelação Cível Nº 70004510483, Oitava Câmara Cível. Relator: Rui Portanova, Julgado em 31/10/2002.

_____. Apelação Cível Nº 70008795775, Sétima Câmara Cível, Relator: José Carlos Teixeira Giorgis, Julgado em 23/06/2004.

_____. Apelação Cível Nº 70018836130, Oitava Câmara Cível, Relator: Rui Portanova, Julgado em 03/05/2007.

_____. Apelação Cível Nº 70021545215, Oitava Câmara Cível, Relator: José Ataídes Siqueira Trindade, Julgado em 24/01/2008.

Apelação Cível Nº 70022449524, Sétima Câmara Cível, Relator: Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves, Julgado em 26/03/2008.

_____. Apelação Cível Nº 70028442630, Sétima Câmara Cível, Relator: Ricardo Raupp Ruschel, Julgado em 22/07/2009.

_____. Embargos Infringentes Nº 70004514964, Quarto Grupo de Câmaras Cíveis, Relator: Luiz Felipe Brasil Santos, Julgado em 11/10/2002

BRAUNER, Maria Cláudia. **Novas tecnologias reprodutivas e projeto parental:** Contribuições para o debate no Direito Brasileiro. In: *Revista trimestral de direito civil*. v. 12. out/dez. 2002. Rio de Janeiro: Padma, 2000.

CANEZIN, Claudete Carvalho. **Da reparação do dano existencial ao filho decorrente do abandono paterno-filial.** In: *Revista Brasileira de Direito de Família*. v.8. n.36. jun/jul. 2006. Porto Alegre: Síntese, IBDFAM, 1999.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição.** 7.ed. Coimbra: Almedina, 2003

CARBONE, Giorgio M. **Quando inizia la vita umana?** Dalla fecondazione, secondo la scienza. Disponível em <http://genova.mpv.org/news/Carbone_inizioVitaUmana.htm>. Acesso em 11/10/2007.

CARBONERA, Silvana Maria. *O papel jurídico do afeto nas relações de família*. In: FACHIN, Luiz Edson (et. al.) (Coord). **Repensando fundamentos do direito civil brasileiro contemporâneo**. Rio de Janeiro: Renovar, 1998.

CATHOLICS UNITED FOR THE FAITH (CUF). **Reproductive Technologies**. Disponível em <http://www.cuf.org/faithfacts/details_view.asp?ffID=123>. Acesso em 10/05/2010

CENTRO DE REPRODUÇÃO HUMANA PROF. FRANCO JUNIOR. **Criopreservação de embriões e gametas**. Disponível em <<http://www.crh.com.br/crh.asp?pasta=33&livro=1&txt=9>>. Acesso em 09/03/2010

CHILE. **Código Civil de la Republica de Chile**. Disponível em <http://www.paginaschile.cl/biblioteca_juridica/codigo_civil/codigo_civil_de_chile.htm>. Acesso em 01/12/2010.

CHINELATO E ALMEIDA, Silmara Juny de Abreu. **Reprodução humana assistida: análise do Projeto de Lei nº. 90/99, do senador Lúcio Alcântara**. In: *Revista trimestral de direito civil*. v. 15. jul/set 2003. Rio de Janeiro: Padma, 2000.

CICCO, Maria Cristina de. **I valori contraddittori sottesi alla legge sulla procreazione medicalmente assistita**. In: *Revista trimestral de direito civil*. v. 15. jan/mar 2005. Rio de Janeiro: Padma, 2000.

CLÍNICA FÉRTILIS DE MEDICINA REPRODUTIVA. **Pré-determinação de sexo**. Disponível em <<http://www.fertilis.com.br/midia49.html>> (Acesso em 07/12/2010)

CLOTET, Joaquim; FEIJÓ, Anamaria. **Bioética**: uma visão panorâmica. In: _____ (Coord.). *Bioética*: uma visão panorâmica. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2005.

CORRÊA, Marilena Cordeiro Dias Villela. **Ética e reprodução assistida**: a medicalização do desejo de filhos. In: *Bioética*. v. 9. n. 2. 2001. Disponível em <http://revistabioetica.cfm.org.br/index.php/revista_bioetica/article/viewFile/246/246>. Acesso em 10/10/2010.

DEPARTMENT OF HEALTH. ACTS AND BILLS. **Human Fertilisation and Embryology Act 2008**. <Disponível em http://www.dh.gov.uk/en/Publicationsandstatistics/Legislation/Actsandbills/DH_080211>. Acesso em 05/01/2010.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 3.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

Encyclopaedia Britannica Ultimate Reference Suite. Verbete: “*DNA fingerprinting*”. Chicago: Encyclopædia Britannica, 2010.

_____. Verbete: “*Rh blood group system*”. Chicago: Encyclopædia Britannica, 2010

ESPÍNOLA, Eduardo. **A família no direito civil brasileiro**. Rio de Janeiro: Conquista, 1957.

ENGISCH, Karl. **Introdução ao Pensamento Jurídico**. 8. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001.

FACHIN, Luiz Edson. **Comentários ao Novo Código Civil**. Do Direito de Família, Do Direito Pessoal. Das Relações de Parentesco. V. XVII. Rio de Janeiro: Forense, 2005

_____. **Da paternidade:** Relação biológica e afetiva. Belo Horizonte: Del Rey, 1996.

_____. **Direito de família:** elementos críticos à luz do novo código civil brasileiro. 2.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

_____. **Estabelecimento da filiação e paternidade presumida.** Porto Alegre, Fabris, 1992.

_____. **O direito de Família *Gauche*.** In: *Revista trimestral de direito civil*. v. 9. jan/mar. 2002. Rio de Janeiro: Padma, 2000.

_____. **Paradoxos do Direito da Filiação na Teoria e Prática do Novo Código Civil Brasileiro – Intermittências da vida.** In: *Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões*. v.6. out/nov. 2008. Porto Alegre: Magister, 2007.

_____. **Paternidade e ascendência genética.** In: LEITE, Eduardo de Oliveira (coord.). *Grandes temas da atualidade: DNA como meio de prova da filiação*. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

FACHIN, Luiz Edson. RUZIK, Carlos Eduardo Pianovski. **Um Projeto de Código Civil na contramão da Constituição.** In: *Revista Trimestral de Direito Civil*. n.4. São Paulo: Padma, 2000.

FACHIN, Rosana Amara Girardi. **Em busca da família do novo milênio:** Uma reflexão críticas sobre as origens históricas e as perspectivas do Direito de Família brasileiro contemporâneo. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

FANTÁSTICO. **Mulher luta pelo direito de ter filho do noivo que já morreu.** disponível em <<http://fantastico.globo.com/Jornalismo/FANT/0,,MUL1579036->

15605,00-MULHER+LUTA+PELO+DIREITO+DE+
TER+FILHO+DO+NOIVO+QUE+JA+MORREU.html>. Acesso em 26/04/2010.

FERNANDES, Silvia da Cunha. **As técnicas de reprodução humana assistida e a necessidade de sua regulamentação jurídica**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

FELDMAN, Sérgio. **Quem é judeu?** In: *Visão Judaica*. ed. 31. Disponível em <http://www.visaojudaica.com.br/Dezembro2004/Artigos%20e%20reportagens/quem_e_judeu.htm>. Acesso em 30/04/2010.

FLÓREZ-VALDÉS, Joaquín Arce y. **El Derecho Civil Constitucional**. Madrid: Editorial Civitas S.A., 1986.

FONSECA, Arnaldo Medeiros da. **Investigação de paternidade**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1958.

FONSECA, Ricardo Marcelo. **Introdução Teórica à História do Direito**. Curitiba: Juruá, 2009.

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. **A nova filiação**: O biodireito e as relações parentais: O estabelecimento da parentalidade-filiação e os efeitos jurídicos da reprodução assistida heteróloga. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

_____. **Efeitos civis da reprodução assistida heteróloga de acordo com o novo Código Civil e Estatuto da Criança e do Adolescente**. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.). *Afeto, Ética, Família e o novo Código Civil brasileiro*: anais do IV Congresso Brasileiro de Direito de Família. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

GROSSI, Paolo. **Mitologias jurídicas da modernidade**. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2004.

GUIMARÃES, Luís Paulo Cotrim. **A paternidade presumida no direito brasileiro e comparado**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

HATEM, Daniela Soares. **Questionamentos jurídicos diante das novas técnicas de reprodução assistida**. In: SÁ, Maria de Fátima Freire de. *Biodireito*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

HIRONAKA, Giselda. **Se eu soubesse que ele era meu pai...** (direito à identidade genética). *Revista da Faculdade de Direito de Campos*. v. 2-3, n. 2-3. Campos dos Goytacazes, 2001.

INGENDER. **Sperm Spinning for Gender Selection: Sperm Swim-Up**. Disponível em <<http://www.in-gender.com/Gender-Selection/Ericsson/>>. Acesso em 01/12/2010.

ITALIA. CAMERA DEI DEPUTATI. **Legge 19 febbraio 2004, n. 40**. Disponível em <<http://www.camera.it/parlam/leggi/040401.htm>>. Acesso em 07/01/2011.

_____. **Proposta di legge d'iniziativa del deputato Giancarlo Giorgetti**. Disponível em: <http://www.camera.it/_dati/leg14/lavori/stampati/pdf/14pdl0000290.pdf>. Acesso em 10/07/2010.

KANT, Immanuel. **Fundamentação da metafísica dos costumes**. Lisboa: Edições 70, 1986.

KRELL, Olga Jubert Gouveia. **Reprodução Humana Assistida e Filiação Civil: Princípios éticos e jurídicos**. Curitiba: Juruá, 2006.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. 7.ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

KFOURI NETO, Miguel. **Responsabilidade Civil do Médico**. 7.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

KHATAMEE, Masood A. (Et. al). **A Controlled Study for Gender Selection Using Swim-Up Separation**. In: *Gynecologic and Obstetric Investigation*. v.48, n. 1. jul/1999. Disponível em <<http://content.karger.com/ProdukteDB/produkte.asp?Aktion=ShowFulltext&ArtikelNr=10125&ProduktNr=22384>>. Acesso em 10/12/2010.

KIPPER, Délio José. **Comissões de ética profissionais**. Comitês de bioética institucionais. Comitês de ética em pesquisa. In: CLOTET, Joaquim (et. al.) (Coord.). *Bioética: uma visão panorâmica*. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2005.

LARA, Silvia Hunold (org.). **Ordenações Filipinas: Livro V**. São Paulo: Companhia das Letras, 1999

LEITE. Eduardo de Oliveira. **Bioética e presunção de paternidade** (Considerações em torno do artigo 1.597 do Código Civil). In: _____ (coord.). *Grandes temas da atualidade: Bioética e biodireito*. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

_____. **Direito civil aplicado**. v.5. Direito de Família. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

_____. **Exame de DNA, ou, o limite entre o genitor e o pai**. In: _____ (coord.). *Grandes temas da atualidade: DNA como meio de prova da filiação*. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

_____. **O direito do embrião humano:** mito ou realidade? In: Revista de Direito Civil, Imobiliário, Agrário e Empresarial. ano 20, n. 78, out./dez. 1996. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1976.

_____. **Procriações artificiais e o Direito:** Aspectos médicos, religiosos, psicológicos, éticos e jurídicos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

_____. **Tratado de Direito de Família:** Origem e evolução do casamento. Curitiba: Juruá, 1991.

LENTI, Leonardo. **La procreazione artificiale:** Genoma della persona e attribuzione della paternità. CEDAM: Padova, 1993.

LIRA, Ricardo Pereira. **Breve estudo sobre as entidades familiares.** In: BARRETO, Vicente (org.). *A nova família:* problemas e perspectivas. Rio de Janeiro: Renovar, 1997.

LÔBO, Paulo. **Constitucionalização do direito civil.** In: *Revista de Informação Legislativa.* n. 141. jan./mar. 1999. Brasília, 1999.

_____. **Danos morais e direitos da personalidade.** In: LEITE, Eduardo de Oliveira (coord.). *Grandes temas da atualidade:* Dano moral. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

_____. **Do poder familiar.** In: DIAS, Maria Berenice; PEREIRA, Rodrigo da Cunha Pereira. (Org.). *Direito de família e o novo Código Civil.* 4.ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2005

_____. **Famílias.** São Paulo: Saraiva, 2008.

- _____. **Paternidade Socioafetiva e o Retrocesso da Súmula nº 301/STJ.** In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.). *Família e Dignidade Humana: Anais do V Congresso Brasileiro de Direito de Família.* Belo Horizonte: IBDFAM, 2006.
- _____. **Princípio da solidariedade familiar.** In: *Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões.* v.0. out/nov. 2007. Porto Alegre: Magister, 2007.
- _____. **Princípio jurídico da afetividade na filiação.** In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.). *A Família na travessia do Milênio: Anais do II Congresso Brasileiro de Direito de Família.* Belo Horizonte: IBDFAM, 2000.
- _____. **Socioafetividade no Direito de Família: a Persistente Trajetória de um Conceito Fundamental.** In: *Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões.* Ano X. n. 5. ago/set. 2008. Belo Horizonte: IBDFAM, 2007.
- LORENZETTI, Ricardo Luis. **Fundamentos do direito privado.** São Paulo: Revista dos Tribunais 1998
- MACHADO, Maria Helena. **Reprodução assistida: aspectos médicos e jurídicos.** Curitiba: Juruá, 2003.
- MARTINS-COSTA, Judith. **O Direito Privado como um “Sistema em Construção”:** As Cláusulas Gerais no Projeto do Código Civil Brasileiro. In: *Revista da Faculdade de Direito da UFRGS.* V. 15. Porto Alegre: Síntese, 1998.
- MARTINS-COSTA, Judith; BRANCO, Gérson Luis Carlos. **Diretrizes Teóricas do novo Código Civil.** São Paulo: Saraiva, 2002.
- MEIRELLES, Jussara. **Filhos da reprodução assistida.** In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.). *Família e cidadania: o Novo Código Civil Brasileiro e a vacatio*

legis: Anais do III Congresso Brasileiro de Direito de Família. Belo Horizonte: IBDFAM/Del Rey, 2002.

_____. **Gestação por outrem e determinação da maternidade**: (“Mãe de Aluguel”). Curitiba: Genesis, 1998.

_____, Jussara. **Reprodução assistida e exame de DNA**: implicações jurídicas. Curitiba: Gênese, 2004.

MESTIERI, João. **Embriões**. In: *Revista Jurídica Consulex*. ano III. v. 1. n. 32. ago/1999. Brasília: Consulex, 1999.

MORAES, Maria Celina Bodin de. **Recusa à realização do exame de DNA na investigação de paternidade e direitos da personalidade**. In: BARRETO, Vicente (org.). *A nova família*: problemas e perspectivas. Rio de Janeiro: Renovar, 1997.

_____. **A caminho de um direito civil constitucional**. In: *Revista de Direito Civil*., v. 65, p. 21 e ss., jul./set. 2003. São Paulo: RT, 2003.

MORI, Maurizio. **Fecundação assistida e liberdade de procriação**. In: *Bioética*, 2001, vol 9 n°2. Disponível em <http://revistabioetica.cfm.org.br/index.php/revista_bioetica/article/viewArticle/245>. Acesso em 10/10/2010.

NICOLAU JR., Mauro. **Paternidade e Coisa Julgada**: Limites e Possibilidades à Luz dos Direitos Fundamentais e dos Princípios Constitucionais. Curitiba: Juruá, 2008.

NOGUEIRA, Jacqueline Filgueras. **A filiação que se constrói**: o reconhecimento do afeto como valor jurídico. São Paulo: Memoria Jurídica, 2001.

OLIVEIRA, José Lamartine Correa de; MUNIZ, Francisco José Ferreira. **Curso de direito de família**. 4.ed. Curitiba: Juruá, 2006.

_____. **O Estado de Direito e os Direitos da Personalidade**. In: *Revista dos Tribunais*. Ano. 68. Nº. 532. fev/1980, p. 11-23

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Reconhecimento de paternidade**. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

PEREIRA, Cilene; Propato, Valéria; FREITAS JR. Osmar. **Cegonha prêt-à-porter: Leilão de óvulos pela Internet choca o mundo e mostra que alguns casais desejam filhos perfeitos a qualquer preço**. Disponível em <http://www.istoe.com.br/reportagens/29571_CEGONHA+PRET+A+PORTER+?pathImagens=&path=&actualArea=internalPage> acesso em 16/04/2010)

PEREIRA, Lafayette Rodrigues. **Direitos de Família**. Brasília: Senado Federal, Conselho Editorial: Superior Tribunal de Justiça, 2004.

PEREIRA, Sérgio Gishcow. **Algumas considerações sobre a nova adoção**. In: *Revista dos Tribunais*. n. 682. São Paulo: Revista Tribunais, 1992.

PEREIRA, Tânia da Silva. **O Princípio do Melhor Interesse da criança: da Teoria à Prática**. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.). *A Família na travessia do Milênio: Anais do II Congresso Brasileiro de Direito de Família*. Belo Horizonte: IBDFAM, 2000.

PERLINGIERI, Pietro. **Il diritto Civile nella legalità costituzionale**. ESI: Napoli, 1991

_____. **O Direito Civil na Legalidade Constitucional.** Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

_____. **Perfis do direito civil:** introdução ao direito civil constitucional. 3.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

PITHAN, Livia Haygert. **O consentimento informado como exigência ética e jurídica.** In: CLOTET, Joaquim (et. al.) (Coord.). *Bioética: uma visão panorâmica.* Porto Alegre: EDIPUCRS, 2005.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de Direito de Família.** v.1. Direito Matrimonial. São Paulo: Max Limonad, 1947.

_____. **Tratado de Direito Privado.** t.II, IX. Rio de Janeiro: Borsoi, 1954.

PORTUGAL. **Constituição da República Portuguesa.** Disponível em <<http://www.parlamento.pt/Legislacao/Paginas/ConstituicaoRepublicaPortuguesa.aspx>>. Acesso em 13/12/2010.

PRIORE, Mary Del. **Ao sul do corpo:** Condição feminina, maternidades e mentalidades no Brasil Colônia. 2.ed. Rio de Janeiro: José Olympio, 1995.

QUEIROZ, Juliane Fernandes. **Paternidade:** Aspectos jurídicos e técnicas de inseminação artificial: Doutrina e Legislação. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

RED LATINOAMERICANA DE REPRODUCCIÓN ASISTIDA. **Manual de Procedimentos. Laboratório de Reprodução Assistida.** Disponível em <<http://www.redlara.com/publicacoes.asp>> Acesso em 09/03/2010.

REDE BOM DIA. **Sexo do bebê é definido pelo espermatozoide.** In: <<http://www.redebomdia.com.br/Coluna/214/Sexo+do+bebe+e+definido+pelo+espermatozoide>> Acesso em 07/12/2010.

RASKIN, Salmo. **A evolução das perícias médicas na investigação de paternidade.** In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.). *A Família na travessia do Milênio: Anais do II Congresso Brasileiro de Direito de Família.* Belo Horizonte: IBDFAM, 2000

RODRIGUES, Sílvio. **Direito Civil.** v.6. 16.ed. São Paulo: Saraiva, 1989.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais: Uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional.** 10.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010

SCARPARO, Monica Sartori. **Fertilização assistida: Questão Aberta: Aspectos científicos e legais.** Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1991.

SEGRE, Marco; SCHRAMM, Fermin Roland. **Quem tem medo das (bio)tecnologias de reprodução assistida?** In: *Revista Bioética*, v.9, n.2. Disponível em <http://revistabioetica.cfm.org.br/index.php/revista_bioetica/article/viewArticle/244>. Acesso em 10/10/2010.

SILVA, Cláudia Maria da. **Indenização ao filho.** In: *Revista Brasileira de Direito de Família.* v.6. n.25. ago/set. 2004. Porto Alegre: Síntese IBDFAM, 1999.

SILVA, Reinaldo Pereira e. **Acertos e desacertos em torno da verdade biológica.** In: LEITE, Eduardo de Oliveira (coord.). *Grandes temas da atualidade: DNA como meio de prova da filiação.* Rio de Janeiro: Forense, 2002.

_____. **Ascendência Biológica e Descendência Afetiva:** Indagações Biojurídicas sobre a Ação de Investigação de Paternidade. In: SILVA, Reinaldo Pereira e.; AZEVÊDO, Jackson Chaves de. *Direitos de família. Uma abordagem interdisciplinar.* São Paulo: LTr, 1999.

_____. **Introdução ao Biodireito:** investigações político-jurídicas sobre o estatuto da concepção humana. São Paulo: LTr, 2002.

SIMAS FILHO, Fernando. **Investigação de paternidade:** peculiaridades, panorama atual, futuro. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.). *Repensando o Direito de Família: Anais do I Congresso Brasileiro de Direito de Família.* Belo Horizonte: Del Rey, 1999.

SOARES, Ricardo Maurício Freire. **O Direito de Família Pós-Moderno:** breves apontamentos. In: *Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões.* Ano X. n. 3. abr/maio 2008. Belo Horizonte: IBDFAM, 2008.

SOUZA, Vanessa Ribeiro Correa Sampaio. **Reconstruindo a Paternidade:** a Recusa do Filho ao Exame de DNA. Campos dos Goytacazes: Ed. Faculdade de Direito de Campos, 2005.

SURROGATE MOTHERS, INC. Disponível em <<http://www.surrogatemothers.com/issues.html>>. Acesso em 14/07/2010.

TEICH, Daniel Hassel. **Onde estão os bebês gênios:** Filhos do banco de sêmen dos prêmios Nobel são jovens de inteligência normal. *Revista Veja.* 1.767.ed. set/2002. Disponível em <http://veja.abril.com.br/040902/p_062.html>. Acesso em 16/04/2010.

TEICH, Daniel Hessel; OYAMA, Thaís. **Em busca do bebê perfeito**: Butiques de sêmen, sexo selecionado e escolha de embriões: o Brasil entra na era dos superbebês. *Revista Veja*. 1.622.ed. nov/1999. Disponível em < http://veja.abril.com.br/031199/p_122.html>. Acesso em 10/10/2010.

TEPEDINO, Gustavo. **A disciplina civil-constitucional das relações familiares**. In: _____. *Temas de Direito Civil*. 2.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

_____. **A disciplina jurídica da filiação na perspectiva civil constitucional**. In: _____. *Temas de Direito Civil*. 2.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

_____. **Crise de Fontes normativas e técnica legislativa na parte geral do Código Civil de 2002**. In: _____ (coord.) *A parte Geral do Novo Código Civil*: Estudos na perspectiva civil-constitucional 2.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

_____. **O Código Civil, os chamados microssistemas e a Constituição: premissas para uma reforma legislativa**. In: _____ (coord.). *Problemas de Direito Civil-constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

TELLMEPINKORBLUE.COM. **The Baby Gender Predictor Test**: Am I having a boy or a girl? Disponível em <<http://www.tellmepinkorblue.com>>. Acesso Em 29/07/2010.

VATICANO. **Código De Derecho Canônico**. Disponível em <http://www.vatican.va/archive/ESL0020/_INDEX.HTM> . Acesso em 25/04/2010.

VENCELAU, Rose Melo. **O elo Perdido da Filiação**: entre a verdade jurídica, biológica e afetiva no estabelecimento do vínculo paterno-filial. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

VILLELA, João Baptista. **Desbiologização da paternidade**, p. 414. In: *Revista da Faculdade de Direito [da] Universidade Federal de Minas Gerais*. n. 21. Maio/1979. Belo Horizonte, 1979.

WARNOCK, Mary (Pres.). **Report of the Committee of Inquiry into Human Fertilisation and Embryology**. London: Her Majesty's Stationery Office: 1984.

WELTER, Belmiro Pedro. **Igualdade entre as filiações biológica e socioafetiva**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

_____. **Teoria Tridimensional no Direito de Família**: Reconhecimento de todos os Direitos das Filiações Genética e Socioafetiva. In: *Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões*. v.8. fev/mar. 2009. Porto Alegre: Magister, 2007.

_____. **Relativização do princípio da coisa julgada na investigação de paternidade**. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.). *Afeto, Ética, Família e o novo Código Civil brasileiro*: anais do IV Congresso Brasileiro de Direito de Família. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

WYATT. Michael P. **Abortion**, p. 4-5. Disponível em <<http://www.kc-cofc.org/39th/Lectures/2000%20Manuscripts/Wyatt%20-20Abortion.PDF>>. Acesso em 11/10/2007.

8. Índice

I. Sumário	iv
-------------------------	-----------

II. Resumo	iv
-------------------------	-----------

Introdução	1
-------------------------	----------

1. Disciplina jurídica da família brasileira	6
---	----------

1.1. Família colonial	7
-----------------------------	---

1.2. Família imperial.....	12
----------------------------	----

1.3. Séculos XIX e XX	14
-----------------------------	----

1.4. Legislação extravagante e constituições posteriores	23
--	----

1.5. Constituição Federal de 1988	29
---	----

1.5.1. Princípios constitucionais	32
---	----

1.6. Pós-Constituição	39
-----------------------------	----

2. Reprodução assistida	48
--------------------------------------	-----------

2.1. Esterilidade e desenvolvimento da reprodução assistida	48
---	----

2.2. Cessão de material genético	55
--	----

2.2.1. Espermatozóides	55
------------------------------	----

2.2.2. Óvulos.....	58
--------------------	----

2.2.3. Embriões	61
-----------------------	----

2.3. Técnicas de Reprodução Assistida	63
---	----

2.3.1. Inseminação artificial (IA)	63
--	----

2.3.2. Fertilização <i>in vitro</i> (FIVETE)	67
--	----

2.3.3. Transferência intratubária de gametas (GIFT)	72
---	----

2.3.4. Transferência de zigotos nas trompas de Falópio (ZIFT)	75
---	----

2.3.5. Transferência Intratubárica de embriões em estado de “pró-núcleo” (PROST) ..	75
---	----

2.3.6. Transferência Intratubárica de embriões (TEST ou TET).....	76
---	----

2.3.7. Inseminação vaginal intratubária (VITI)	76
2.3.8. Restituição tubária de óvulos com inseminação adiada (FREDI)	76
2.3.9. Transferência intratubária de óvulos (TOT)	77
2.3.10. Gestação provisória por substituição (SET)	77
2.3.11. Gestação por substituição	78
2.3.12. Clonagem humana	82
2.3.13. Quadro Sinótico	83
2.4. Problematização	85
2.4.1. Aporte bioético	88
2.4.1.1. Doação de gametas:	90
2.4.1.2. Doação de embriões	96
2.4.1.3. Técnicas de reprodução assistida	100
2.4.1.4. Inseminação artificial homóloga por ICSI	112
2.4.1.5. Inseminação artificial e fertilização <i>in vitro</i> heterólogas	113
2.4.1.6. Gestação por substituição	115
2.4.1.7. Clonagem	120
2.4.1.8. Seleção de sexo de filho	122
2.4.1.9. Transmissibilidade de doenças hereditárias	126
2.4.1.10. Acompanhamento psicológico	127
2.4.2. Religião	128
3. Biodireito e reprodução humana assistida	136
3.1. Regulamentação normativa	136
3.1.1. Direito Estrangeiro	137
3.1.1.1. Suécia	138
3.1.1.2. Portugal	139
3.1.1.3. Alemanha	140

3.1.1.4. Espanha.....	141
3.1.1.5. Itália.....	143
3.1.1.6. França	144
3.1.1.7. Inglaterra.....	147
3.1.1.8. Estados Unidos	149
3.1.2. Direito Brasileiro	151
3.2. Direito fundamental à reprodução assistida	160
 4. Paternidade, maternidade e filiação.	 188
4.1. Conflito entre “verdades”: biológica, afetiva, contratual e jurídica.....	188
4.1.1. Vínculo jurídico: do registro à presunção	191
4.1.2. Vínculo biológico: a evolução dos meios de prova.....	206
4.1.3. Vínculo socioafetivo: a posse de estado de filho	223
4.1.4. Vínculo contratual na gestação por substituição	236
4.2. O conflito perante a Constituição Federal de 1988	239
4.2.1. Afeto como valor jurídico	246
4.2.2. Coisa julgada	255
4.2.3. Exegese de verdades.....	260
4.3. Filiação na reprodução humana assistida	263
4.3.1. Inseminação artificial homóloga	264
4.3.2. Inseminação artificial post mortem	266
4.3.3. Inseminação artificial heteróloga	267
4.3.4. Fertilização in vitro.....	281
4.3.5. Gestação por substituição	283
 5. Conclusões	 285
 6. Anexos	 294
6.1. Resolução nº. 1.358/1992 do Conselho Federal de Medicina (revogada).....	294
6.2. Resolução nº. 1.957/2010 do Conselho Federal de Medicina (em vigor)	300
6.3. Projeto de Lei nº 1184, de 2003, elaborado pelo Deputado José Sarney.	306

7. Bibliografia	320
------------------------------	-----